

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT

LOI TYPE SUR LA CONCURRENCE

Série de la CNUCED sur les questions relatives au droit
et à la politique de la concurrence

Éléments éventuels à incorporer dans les articles d'une loi sur
la concurrence, commentaires et formules différentes relevées
dans des législations existantes



NATIONS UNIES
New York et Genève, 2007

NOTE

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Le texte de la présente publication peut être cité ou reproduit sans autorisation sous réserve qu'il soit fait mention de ladite publication et de sa cote. Un exemplaire de la publication renfermant la citation ou la reproduction doit être adressé au secrétariat de la CNUCED.

TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3
PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES
<i>Numéro de vente: F-07.II.D.7</i>
ISBN: 978-92-1-212340-0

Copyright © Nations Unies, 2007
Tous droits réservés

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
Introduction.....	v
PREMIÈRE PARTIE: ÉLÉMENTS ÉVENTUELS À INCORPORER DANS LES ARTICLES POUR UNE LOI SUR LA CONCURRENCE	
TITRE DE LA LOI: Élimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives: loi antimonopole; loi sur la concurrence.....	3
Chapitre I: Objectifs ou buts de la loi.....	3
Chapitre II: Définitions et champ d'application.....	3
Chapitre III: Accords ou arrangements restrictifs	3
Chapitre IV: Actes ou comportements constituant un abus de position dominante sur le marché.....	4
Chapitre V: Notification.....	5
Chapitre V: Notification, enquête et interdiction des fusions influant sur des marchés concentrés	5
Chapitre VII: Les relations entre une autorité de la concurrence et les organismes de réglementation, y compris les organismes sectoriels.....	6
Chapitre VIII: Aspects éventuels de la protection des consommateurs	7
Chapitre IX: L'organe de tutelle et son organisation	7
Chapitre X: Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle.....	7
Chapitre XI: Sanctions et réparation	8
Chapitre XII: Recours	8
Chapitre XIII: Action en dommages-intérêts	8
DEUXIÈME PARTIE: COMMENTAIRES DES CHAPITRES DE LA LOI TYPE ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES	
TITRE DE LA LOI: Élimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives: loi antimonopole; loi sur la concurrence.....	11
Commentaires des chapitres de la loi type et formules différentes relevées dans des législations existantes	11
Chapitre I: Objectifs ou buts de la loi.....	14
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	14
Chapitre II: Définitions et champ d'application.....	17
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	17

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Page</i>
Chapitre III: Accords ou arrangements restrictifs	24
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	24
Chapitre IV: Actes ou comportements constituant un abus de position dominante sur le marché.....	37
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	38
Chapitre V: Notification.....	51
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	52
Chapitre VI: Notification, enquête et interdiction des fusions influant sur des marchés concentrés.....	55
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	56
Chapitre VII: Les relations entre une autorité de la concurrence et les organismes de réglementation, y compris les organismes sectoriels.....	62
Chapitre VIII: Aspects éventuels de la protection des consommateurs	72
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	72
Chapitre IX: L'organe de tutelle et son organisation	73
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	73
Chapitre X: Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle.....	76
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	76
Chapitre XI: Sanctions et réparation	80
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	81
Chapitre XII: Recours	83
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	84
Chapitre XIII: Action en dommages-intérêts	85
Commentaires et formules différentes relevées dans des législations existantes.....	85
Annexes.....	89

Introduction

i) À sa septième session, qu'il a tenue du 31 octobre au 2 novembre 2006, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a prié le secrétariat de la CNUCED de continuer de publier en tant que document hors session et d'afficher sur son site Web une nouvelle version révisée et actualisée de la loi type sur la concurrence, en tenant compte des communications qui auront été reçues des États membres avant le 31 janvier 2007 au plus tard.

ii) Conformément à ce qui a été demandé à la septième session, le présent document (TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3) a été établi en tenant compte des commentaires écrits sur la loi type reçus des États membres en 2006 et 2007¹. Il s'agit d'une version révisée de la loi type sur la concurrence établie en 2004 (TD/RBP/CONF.5/7/Rev.2, numéro de vente: 04.II.D.26), en particulier de la deuxième partie sur les projets de commentaire d'éléments susceptibles de figurer dans une ou des loi(s) type(s)». Toutefois, certains des commentaires reçus ne contenaient pas de demandes de modification précises, mais soulevaient plutôt des questions générales ou formulaient des propositions sur les futures modalités de révision de la loi type, qui sont résumées plus bas. Le Pérou a mis l'accent sur les points communs entre la loi type et la législation péruvienne dans plusieurs domaines et a aussi évoqué les différences entre les méthodes d'application en Europe et aux États-Unis. La Serbie a estimé que la loi type pouvait être considérée comme un modèle complet qui avait réussi à concilier toutes les propositions et recommandations formulées par les experts des pays développés et des pays en transition, ainsi que des pays (quel que soit leur stade de développement) où la nécessité de protéger la concurrence commence à s'imposer dans les esprits. La Serbie a suggéré qu'une importance particulière soit accordée aux relations nouées entre les organes de réglementation (notamment les organes sectoriels) et les autorités de la concurrence, au rôle de promotion que lesdites autorités jouent et à la définition détaillée de la réglementation, ainsi qu'aux dispositions relatives à la réparation du préjudice subi devant les tribunaux. La Commission de l'UE n'a pas fait de commentaire particulier sur la loi type, mais a proposé que la CNUCED organise la tenue d'une réunion pour l'examiner, afin d'évaluer les points qui ont besoin d'être actualisés/amendés. La Hongrie a aussi suggéré que la loi type soit révisée en deux temps: pour commencer, les idées des États membres de la CNUCED et des organisations internationales compétentes sur la révision de la loi type pourraient être intégrées dans la loi type afin que celle-ci illustre de manière exhaustive les questions à examiner; elles pourraient ensuite inspirer les propositions finales sur les points qu'il pourrait être utile ou non d'évoquer concernant les lois sur la concurrence dans la prochaine version révisée de la loi type.

PREMIÈRE PARTIE

*Éléments éventuels à incorporer dans les articles
pour une loi sur la concurrence*

TITRE DE LA LOI

Élimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives: loi antimonopole; loi sur la concurrence

CHAPITRE I

Objectifs ou buts de la loi

Contrôler ou éliminer les accords ou arrangements restrictifs entre entreprises, les fusions-acquisitions ou les abus de position dominante sur le marché, qui limitent l'accès au marché ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique sur le plan national ou international.

CHAPITRE II

Définitions et champ d'application

I. *Définitions*

a) Le terme «entreprises» désigne les firmes, sociétés de personnes, sociétés anonymes, compagnies, associations et autres personnes morales, qu'elles soient créées ou contrôlées par des intérêts privés ou par l'État, qui exercent des activités commerciales; il englobe leurs succursales, filiales, sociétés affiliées ou autres entités directement ou indirectement contrôlées par elles.

b) L'expression «position dominante sur le marché» désigne une situation où une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou d'un service ou d'un groupe de biens ou de services particuliers.

c) L'expression «fusions-acquisitions» désigne des situations dans lesquelles, grâce à une opération juridique entre deux entreprises ou plus, ces dernières procèdent à une unification légale de la propriété d'actifs qui faisaient auparavant l'objet d'un contrôle séparé. Ces situations englobent les rachats, les coentreprises et d'autres formes de prise de contrôle comme les directions imbriquées.

d) L'expression «marché considéré» désigne les conditions générales dans lesquelles vendeurs et acheteurs échangent des biens, et sous-entend que soient définies des limites à l'intérieur desquelles la concurrence entre les groupes de vendeurs et

d'acheteurs est susceptible d'être restreinte. Elle suppose la définition du produit et de la zone géographique dans laquelle des groupes particuliers de biens, d'acheteurs et de vendeurs interagissent afin de fixer les prix et la production. Elle devrait englober tous les produits ou services qui peuvent raisonnablement se substituer les uns aux autres, ainsi que tous les concurrents voisins vers lesquels les consommateurs pourraient se tourner à brève échéance si la restriction ou l'abus entraînait une augmentation non négligeable des prix.

II. *Champ d'application*

a) La loi s'applique à toutes les entreprises telles qu'elles sont définies ci-dessus, en ce qui concerne l'ensemble de leurs accords commerciaux, opérations ou transactions portant sur des biens, services ou droits de propriété intellectuelle.

b) Elle s'applique à toute personne physique qui, agissant à titre privé en tant que propriétaire, directeur ou employé d'une entreprise, autorise, applique ou favorise des pratiques restrictives interdites par la loi.

c) Elle ne s'applique pas aux actes souverains de l'État lui-même ou des administrations locales, ni aux actes des entreprises ou personnes physiques qui sont imposés ou suivis par l'État ou par des administrations ou collectivités locales agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir.

CHAPITRE III

Accords ou arrangements restrictifs

I. *Interdiction des accords ci-après entre des entreprises qui ont des activités rivales ou susceptibles de l'être, que ces accords soient écrits ou oraux, officiels ou non officiels:*

a) Accords fixant les prix ou autres conditions de vente, y compris dans le commerce international;

b) Soumissions collusoires;

- c) Répartition des marchés ou de la clientèle;
- d) Restrictions à la production ou aux ventes, notamment au moyen de contingents;
- e) Refus concertés d'achat;
- f) Refus concertés d'approvisionnement;
- g) Refus collectif d'admission à la qualité de partie à un arrangement, ou de membre d'une association, d'une importance décisive pour la concurrence.

II. *Autorisation ou dérogation*

Les pratiques relevant de la section I, quand elles sont dûment notifiées à l'avance et quand elles sont le fait d'entreprises exposées à une concurrence effective, peuvent être autorisées ou faire l'objet de dérogations lorsque les responsables de l'application des lois sur la concurrence établissent que l'accord, dans son ensemble, servira l'intérêt public.

CHAPITRE IV

Actes ou comportements constituant un abus de position dominante sur le marché

I. *Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché*

Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché:

- i) Lorsqu'une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou groupe de biens ou services particuliers;
- ii) Lorsque les actes ou le comportement d'une entreprise en position dominante limitent l'accès au marché considéré ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant ou risquant d'avoir des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique.

II. *Actes ou comportements réputés abusifs:*

- a) Comportement prédateur à l'égard des concurrents, comme pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents;

b) Fixation de prix ou de modalités ou conditions discriminatoires (c'est-à-dire différenciés de façon injustifiable) pour la fourniture ou l'achat de biens ou de services, y compris au moyen de politiques de fixation des prix pour les transactions entre entreprises affiliées qui font payer au-dessus ou au-dessous du prix normal les biens ou services achetés ou fournis par rapport aux prix appliqués à des transactions similaires en dehors des entreprises affiliées;

c) Fixation des prix auxquels des marchandises peuvent être revendues, y compris les marchandises importées ou exportées;

d) Restrictions à l'importation de biens légitimement désignés à l'étranger par une marque de commerce ou de fabrique identique ou similaire à la marque de commerce ou de fabrique protégée dans le pays importateur pour des biens identiques ou similaires, quand les marques en question sont de même origine, c'est-à-dire appartiennent au même propriétaire, ou sont utilisées par des entreprises entre lesquelles il y a une interdépendance économique, organique, administrative ou juridique, et que le but de ces restrictions est de maintenir des prix artificiellement élevés;

e) Quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la qualité, la sécurité, une distribution ou un service satisfaisant:

- i) Refus partiel ou complet de traiter aux conditions commerciales habituelles de l'entreprise;
- ii) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'acceptation de restrictions concernant la distribution ou la fabrication de biens concurrents ou autres;
- iii) Imposer des restrictions à la revente ou à l'exportation des biens fournis ou d'autres biens quant au lieu ou à la personne du destinataire, ou quant à la forme ou au volume de ces biens;
- iv) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'achat d'autres biens ou services auprès du fournisseur ou de la personne désignée par lui.

III. *Autorisation ou dérogation*

Les actes, pratiques ou opérations qui ne sont pas strictement interdits par la loi peuvent être autorisés ou faire l'objet d'une dérogation s'ils sont notifiés conformément aux dispositions de l'article 7, avant d'être réalisés, si les autorités compétentes sont informées avec exactitude de tous les faits pertinents, si les parties lésées ont la possibilité d'être entendues et s'il est ensuite déterminé que la conduite envisagée, telle qu'elle a été au besoin modifiée ou réglementée, est compatible avec les objectifs de la loi.

CHAPITRE V

Notification

I. *Notification par les entreprises*

1. Lorsque des pratiques relèvent des articles 3 et 4 sans être purement et simplement interdites, et peuvent donc être autorisées, les entreprises pourraient être tenues de les notifier à l'organe de tutelle, en donnant tous les détails requis.

2. La notification pourrait être faite à l'organe de tutelle par toutes les parties en cause, ou par une ou plusieurs d'entre elles au nom des autres, ou par toute personne dûment autorisée à agir en leur nom.

3. Lorsqu'une entreprise ou un particulier est partie à des accords restrictifs conclus aux mêmes conditions avec des partenaires différents, il serait possible de n'en notifier qu'un seul, à condition d'indiquer précisément toutes les parties actuelles ou futures auxdits accords.

4. Si un accord, un arrangement ou une situation notifié en vertu des dispositions de la loi est modifié dans ses modalités ou quant aux parties prenantes, ou s'il y est mis fin (avant l'échéance prévue), ou s'il est renoncé à son application, ou si la situation s'est modifiée substantiellement, une notification pourrait être faite à l'organe de tutelle (dans un délai de (...) jours/mois) (sans délai).

5. Les entreprises pourraient être admises à demander une autorisation pour les accords ou arrangements relevant des articles 3 et 4 et existant à la date d'entrée en vigueur de la loi, sous réserve qu'ils soient notifiés dans les (... jours/mois) suivant ladite date.

6. Les accords notifiés pourraient entrer en vigueur dès que l'autorisation est accordée ou dès l'expiration du délai fixé pour l'octroi de l'autorisation ou, provisoirement, dès la notification.

7. Tout accord ou arrangement qui n'a pas été notifié pourrait faire l'objet de toutes les sanctions prévues par la loi, au lieu d'être simplement révisé, s'il venait à être découvert et jugé illégal.

II. *Décision de l'organe de tutelle*

1. La décision de l'organe de tutelle doit intervenir (dans les ... jours/mois suivant la réception de la notification complète de tous les éléments), que l'autorisation soit refusée, accordée sans restriction ou accordée sous réserve de certaines conditions et obligations.

2. Procédure de réexamen périodique des autorisations accordées tous les (... mois/ans), avec possibilité de prolongation, de suspension, ou de prolongation sous réserve de certaines conditions et obligations.

3. La possibilité de retirer une autorisation pourrait être prévue, par exemple, si l'organe de tutelle constate que:

a) Les circonstances qui ont justifié l'octroi de l'autorisation ont cessé d'exister;

b) Les entreprises n'ont pas respecté les conditions et obligations auxquelles l'octroi de l'autorisation était soumis;

c) Les renseignements fournis à l'appui de la demande d'autorisation étaient faux ou trompeurs.

CHAPITRE VI

Notification, enquête et interdiction des fusions influant sur des marchés concentrés

I. *Notification*

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène doivent être notifiés lorsque:

i) L'une au moins des entreprises est établie dans le pays, et que

ii) La part de marché qui en résultera dans le pays ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, risque de créer une position de force sur le marché, en particulier dans les branches d'activité où il y a une forte concentration du marché, où il existe des obstacles à l'accès au marché et où il n'y a pas de biens de substitution d'un produit fourni par des entreprises dont le comportement fait l'objet d'une surveillance.

II. *Interdiction*

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, doivent être interdits lorsque:

i) L'opération envisagée accroît sensiblement la capacité d'exercer une position de force sur le marché (par exemple en donnant la possibilité à une entreprise ou à un groupe d'entreprises agissant conjointement de maintenir avec profit des prix supérieurs au niveau de la concurrence pendant une longue période); et

ii) La part de marché qui en résultera dans le pays, ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, donnera à une entreprise une position dominante ou entraînera une réduction sensible de la concurrence sur un marché dominé par un très petit nombre d'entreprises.

III. *Procédures d'enquête*

Des dispositions propres à permettre de procéder à des enquêtes sur les fusions, les rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, qui risquent de porter atteinte à la concurrence pourraient figurer dans une réglementation concernant les concentrations.

En particulier, aucune entreprise ne devrait, dans les cas relevant des alinéas précédents, procéder à une fusion avant l'expiration d'un délai d'attente de (...) jours à compter de la date de la délivrance du reçu de la notification, sauf si l'administration chargée de la concurrence réduit ce délai ou le prolonge d'une nouvelle période ne pouvant dépasser (...) jours avec le consentement

des entreprises concernées, conformément aux dispositions des projets d'éléments pour l'article 7 ci-après. L'administration pourrait être habilitée à exiger que les parties et les entreprises dans le marché considéré ou les branches commerciales en cause lui communiquent des documents et des attestations, étant entendu que les parties ne pourront bénéficier de ce délai supplémentaire si leur réponse est communiquée tardivement.

Si une audition contradictoire devant l'Administration de la concurrence ou devant un tribunal aboutit à une décision défavorable à l'opération, des mesures peuvent être prises pour empêcher ou même annuler les acquisitions ou fusions en cause dans les cas où elles sont susceptibles de réduire sensiblement la concurrence dans une branche commerciale dans la juridiction ou dans une partie importante du marché considéré au sein de la juridiction.

CHAPITRE VII

Les relations entre une autorité de la concurrence et les organismes de réglementation, y compris les organismes sectoriels

I. *Promotion par les autorités de la concurrence de la réglementation et de la réforme de la réglementation*

Toute réglementation économique ou administrative émanant des pouvoirs publics, y compris les collectivités locales autonomes, ou d'organismes auxquels l'État a délégué des pouvoirs, surtout si elle a trait à des secteurs exploités par des branches de services d'infrastructure, devrait être soumise avant son adoption aux autorités de la concurrence pour examen suivant une procédure transparente, dès lors qu'elle limite l'indépendance et la liberté d'action des agents économiques et/ou crée des conditions discriminatoires ou, au contraire, avantageuses pour certaines entreprises – publiques ou privées – et/ou aboutit ou risque d'aboutir à une limitation de la concurrence et/ou une atteinte aux intérêts des entreprises ou des citoyens.

En particulier, les obstacles réglementaires à la concurrence que comporte la réglementation considérée devraient être évalués par les autorités de la concurrence dans une perspective économique, notamment pour des raisons d'intérêt général.

II. Définition de la réglementation

Le terme «réglementation» désigne les divers instruments par lesquels les pouvoirs publics imposent des obligations aux entreprises et aux particuliers. Il recouvre donc les lois, les décrets, arrêtés et autres actes administratifs, les directives administratives moins formelles et les règles dérivées émanant des autorités publiques de tous les niveaux, mais aussi les règles édictées par les organismes non gouvernementaux ou les ordres et autres organismes autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires.

III. Définition des obstacles réglementaires à la concurrence

À la différence des obstacles structurels et des obstacles stratégiques, les obstacles réglementaires à l'accès au marché procèdent de textes édictés ou d'actes accomplis par l'État, les collectivités décentralisées et les organismes non gouvernementaux ou autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires. Ils comprennent les obstacles administratifs à l'accès au marché, les droits exclusifs et les agréments, licences et autres permis que les entreprises doivent obtenir pour exercer leur activité.

IV. Protection de l'intérêt général

Indépendamment de leur nature ou de leur rapport avec le marché, certaines activités de service exercées par des entreprises privées ou publiques peuvent être considérées par le gouvernement comme des activités d'intérêt général. En conséquence, les prestataires de services d'intérêt général peuvent être assujettis à des obligations spécifiques, comme celle de garantir l'accès universel à divers types de services de qualité à des prix abordables. Ces obligations, qui relèvent de la réglementation sociale et économique, devraient être établies dans la transparence.

CHAPITRE VIII

Aspects éventuels de la protection des consommateurs

Dans un certain nombre de pays, la législation relative à la protection des consommateurs est indépendante de celle qui régit les pratiques commerciales restrictives.

CHAPITRE IX

L'organe de tutelle et son organisation

1. Institution et appellation de l'organe de tutelle.
2. Composition de l'organe de tutelle, y compris la présidence, le nombre des membres et les modalités de leur nomination, notamment l'autorité responsable de leur nomination.
3. Qualifications des personnes nommées.
4. Durée et possibilité de renouvellement du mandat du président et des membres de l'organe et modalités de remplacement en cas de vacance.
5. Destitution de membres de l'organe.
6. Immunité éventuelle des membres à l'égard de toute poursuite dans l'accomplissement de leurs devoirs ou l'exercice de leurs fonctions.
7. Nomination du personnel nécessaire.

CHAPITRE X

Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle

- I. *Les fonctions et pouvoirs de l'autorité de tutelle pourraient être notamment les suivants (à titre indicatif):*
 - a) Procéder à des enquêtes, notamment après réception de plaintes;
 - b) Prendre les décisions nécessaires, notamment imposer des sanctions, ou en recommander au ministre responsable;
 - c) Faire des études, publier des rapports et informer le public;
 - d) Délivrer des formules et tenir un ou des registres de notifications;
 - e) Établir des règlements et les promulguer;
 - f) Aider à la rédaction d'une législation nouvelle ou à l'amendement ou la révision de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la politique de réglementation et de concurrence;

g) Favoriser les échanges de renseignements entre États.

II. *Caractère confidentiel*

1. Prévoir des sauvegardes raisonnables pour protéger le caractère confidentiel des renseignements obtenus des entreprises et contenant des secrets commerciaux légitimes.

2. Protéger l'anonymat de ceux qui communiquent des renseignements aux administrations de la concurrence pour qu'ils ne fassent pas l'objet de mesures de rétorsion économique.

3. Protéger le caractère confidentiel des délibérations du gouvernement au sujet de questions à l'étude ou dont l'examen n'est pas encore achevé.

CHAPITRE XI

Sanctions et réparation

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

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

II. *Les sanctions pourraient notamment être les suivantes:*

- i) Amendes (proportionnelles à la volonté de dissimulation, à la gravité et à l'illégalité manifeste des infractions ou aux gains illicites tirés de l'activité incriminée);
- ii) Emprisonnement (en cas d'infraction grave comportant une violation flagrante et délibérée de la loi, ou d'un décret d'application, par une personne physique);
- iii) Ordonnances avant faire droit ou de mesure provisoire;

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

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

vi) Restitution aux consommateurs lésés;

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

CHAPITRE XII

Recours

1. Demande de réexamen par l'organe de tutelle de ses décisions en fonction de l'évolution des circonstances.

2. Octroi à une entreprise ou à un particulier de la possibilité de recourir dans un délai de (...) jours auprès de (l'autorité judiciaire compétente) contre tout ou partie de la décision de l'organe de tutelle (ou) sur toute question juridique de fond.

CHAPITRE XIII

Action en dommages-intérêts

Octroi à une personne, ou à l'État au nom de cette personne, ou à une entreprise, qui subit une perte ou un dommage en raison de l'action ou omission d'une entreprise ou d'un particulier, contraires aux dispositions de la loi, de la possibilité de recouvrer le montant de la perte ou du dommage (y compris dépenses et intérêts) en saisissant l'autorité judiciaire compétente.

DEUXIÈME PARTIE

*Commentaires des chapitres de la loi type et formules
différentes relevées dans des législations existantes*

1. Conformément aux conclusions concertées de la réunion du groupe d'experts ad hoc pour la révision de la loi type sur la concurrence qui s'est tenue à Genève le 19 février 2003, le secrétariat a établi une version révisée des commentaires d'éventuels éléments et approches, repris de la législation existante, à incorporer dans les articles d'une loi sur la concurrence tels qu'ils figurent dans la première partie, compte tenu de l'évolution récente des législations dans le monde.

TITRE DE LA LOI

*Élimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives:
loi antimonopole; loi sur la concurrence*

COMMENTAIRES DES CHAPITRES DE LA LOI TYPE ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES

2. Les projets d'éléments d'articles offrent trois variantes pour le titre de cette loi, à savoir: «Élimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives»², «Loi antimonopole»³ et «Loi sur la concurrence»⁴.

3. Il n'y a pas de règle communément admise pour le titre des lois sur la concurrence. Les différents titres adoptés correspondent généralement aux objectifs et à la catégorie de la loi, ainsi qu'aux traditions juridiques des pays concernés. Une autorité de la concurrence a estimé que le titre «Élimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives» ne tient pas compte des cas où une autorité de la concurrence émet aussi une opinion sur des textes législatifs qui restreignent ou faussent la concurrence et que la définition du terme «antimonopole» est quelque peu restrictive; selon elle, «loi sur la concurrence» illustrerait mieux le champ d'application de toute loi sur la concurrence⁵. L'encadré 1 énumère les législations sur la concurrence adoptées dans la plupart des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que l'année de leur adoption et, le cas échéant, l'année où elle a été révisée ou une nouvelle loi a été adoptée. Des exemples de titres de lois sur la concurrence en vigueur figurent à l'annexe 1 aux commentaires.

Encadré 1				
Législations sur la concurrence adoptées ou en préparation dans les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et d'autres entités (et année de leur adoption)				
<i>Afrique</i>	<i>Asie et Pacifique</i>	<i>Pays en transition</i>	<i>Amérique latine et Caraïbes</i>	<i>Pays de l'OCDE</i>
Afrique du Sud (1955, amendée 1979, 1998 et 2000)	Chine (1993)	Arménie (2000)	Argentine (1980, 1999, révisée 2001)	Allemagne (1957, révisée 1998 et 2005)
Algérie (1995, 2003)	Fidji (1993)	Azerbaïdjan **	Bolivie *	Australie (1974)
Bénin (1994, révisée 2001 et 2002). Législation de l'UEMOA applicable	Inde (1969, 2002)	Bélarus **	Brésil (révisée 1994 et 2002)	Autriche (1988, 2002, 2005)
Botswana *	Indonésie (1999)	Bulgarie (1991)	Chili (1973, révisée 1980 et 2002)	Belgique (1991, 1999, 2002, 2005)
Burkina Faso (1994, révisée 2001 et 2002). Législation de l'UEMOA applicable	Jordanie (2004)	Croatie (1995)	Colombie (1992)	Canada (1889, 1985)
Cameroun	Malaisie *	Fédération de Russie (1991, 1995 et 2006)	Costa Rica (1992, 1994)	Danemark (1997, révisée 2002)
Côte d'Ivoire (1978). Législation de l'UEMOA applicable	Pakistan (1970)	Géorgie **	El Salvador *	Espagne (1989, dernière révision 2003)
Égypte (2005)	Philippines *	Kazakhstan **	Guatemala *	États-Unis (1890, révisée 1976)
Gabon (1998). Législation de l'UEMOA applicable	Singapour (2006)	Kirghizstan **	Honduras *	Finlande (1992, révisée 2001)
Ghana *	Sri Lanka (1987)	Lituanie (1992)	Jamaïque (1993)	France (1977, révisée 1986 et 2001)
Kenya (1988)	Province chinoise de Taiwan (1992)	Mongolie (1993)	Nicaragua (2006)	Grèce (1977, révisée 1995)
Lesotho *	Thaïlande (1979 et 1999)	Ouzbékistan	Panama (1996)	Hongrie (1990, 1996, dernière révision 2005)
Malawi (1998)	Viet Nam (2004)	République de Moldova (1992) **	Paraguay *	Irlande (1991, révisée 1996 et 2002)
Mali (1998)		Roumanie (1996)	Pérou (1990)	Italie (1990, 2005, 2006)
Maroc (1999)			République dominicaine *	Japon (1947, révisée 1998, 2005)
Maurice *		Slovénie (1991)	Trinité-et-Tobago (2006)	Lettonie (2002)
Namibie (2003)		Tadjikistan (2005) **	Venezuela (1991)	Luxembourg (1970, révisée 1993)
République centrafricaine. Législation de l'UEMOA applicable		Turkménistan **		Malte (2002)
République-Unie de Tanzanie (1994) *** (révisée 2002)		Ukraine (2001)		Mexique (1992)

Encadré 1				
Législations sur la concurrence adoptées ou en préparation dans les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et d'autres entités (et année de leur adoption)				
<i>Afrique</i>	<i>Asie et Pacifique</i>	<i>Pays en transition</i>	<i>Amérique latine et Caraïbes</i>	<i>Pays de l'OCDE</i>
Sénégal (1994). Législation de l'UEMOA applicable				Norvège (1993, 2004)
Swaziland*				Nouvelle-Zélande (1986)
Togo*				Pays-Bas (1997)
Tunisie (1991)				Pologne (1990 et 2004)
Zambie (1994)				Portugal (1993, 2003)
Zimbabwe (1996, révisée 2001)				République de Corée (1980, révisée 2004)
CARICOM				République tchèque (1991, révisée 2001)
COMESA				Royaume-Uni (1890, révisée 1973, 1980, 1998 et 2002)
Mercosur				Slovaquie (1991, 2001, 2002)
UEMOA (1994, 2002)				Suède (1993)
				Suisse (1985, révisée 1995 et 2004)****
				Turquie (1994, 2003/2004 et 2005)
				Union européenne (1957)

* Loi sur la concurrence en préparation.

** La plupart des pays de la CEI ont établi un comité antimonopole au sein du Ministère de l'économie ou des finances.

*** Bureau des pratiques commerciales loyales établi en janvier 1999.

**** Une description de la dernière révision est donnée à FF 2002, 1911 (Message du Conseil fédéral www.admin.ch/ch/f/ff/2002/1911.pdf).

CHAPITRE I

Objectifs ou buts de la loi

Contrôler ou éliminer les accords ou arrangements restrictifs entre entreprises, les fusions-acquisitions ou les abus de position dominante sur le marché, qui limitent l'accès au marché ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique sur le plan national ou international.

COMMENTAIRES DU CHAPITRE I ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES

Objectifs ou buts de la loi

Contrôler ou éliminer les accords ou arrangements restrictifs entre entreprises, les fusions-acquisitions ou les abus de position dominante sur le marché, qui limitent l'accès au marché ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique sur le plan national ou international.

4. Cet article a été rédigé dans le sens du paragraphe 2 de la section E de l'Ensemble de principes et de règles, qui pose le principe essentiel sur lequel les États devraient fonder leur législation en matière de pratiques commerciales restrictives. Tout comme dans la section A de l'Ensemble, les États voudront peut-être assigner à la loi d'autres objectifs spécifiques, tels que la création, l'encouragement et la protection de la concurrence; le contrôle de la concentration du capital et/ou de la puissance économique; l'encouragement de l'innovation; la protection et la promotion du bien-être social et, en particulier, des intérêts des consommateurs, etc., et mentionner les répercussions des pratiques commerciales restrictives sur leur commerce et leur développement.

5. Les formules relevées dans diverses législations nationales comprennent, par exemple, les objectifs ci-après: en Algérie: «l'organisation et la promotion de la libre concurrence et la définition des règles de sa protection afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs»; en Arménie, l'objectif de cette loi est de «protéger et promouvoir la concurrence économique, d'assurer un environnement adéquat pour une concurrence

loyale, le développement des entreprises et la protection des droits des consommateurs dans la République d'Arménie» (art. 1, loi de la République d'Arménie sur la protection de la concurrence économique); au Canada: «préserver et favoriser la concurrence afin de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits»⁶; au Danemark, le but de la loi est de «favoriser une répartition efficace des ressources grâce à une concurrence réaliste»; en Estonie, l'objectif de la loi sur la concurrence est de sauvegarder la concurrence dans l'intérêt de la libre entreprise, en matière d'extraction des ressources naturelles, de production de biens, de prestation de services, de vente et d'achat de produits et de services (ci-après désignés sous le nom de biens), et d'empêcher la prévention, la limitation ou la restriction (ci-après désignées sous le vocable de restriction) de la concurrence dans les autres activités économiques (art. 1); au Gabon: «assurer la liberté des prix et des échanges; prévenir toute pratique anticoncurrentielle; garantir la transparence dans les transactions commerciales; réglementer la concentration économique; réprimer les entraves au libre jeu de la concurrence»⁷. En Inde, l'objectif de la loi sur la concurrence de 2002 est «sans perdre de vue le développement économique du pays, ... de prévenir les pratiques ayant des effets néfastes sur la concurrence, promouvoir et maintenir la concurrence sur les marchés, protéger les intérêts des consommateurs et assurer le libre exercice du commerce pour les autres acteurs sur le marché, en Inde, et pour toutes les activités connexes ou inhérentes»⁸; en Hongrie: «la préservation de la concurrence sur le marché en vue d'assurer l'efficacité économique et le progrès social»⁹; en Mongolie: «réglementer les relations touchant à l'interdiction et à la limitation du contrôle par l'État de la concurrence entre entités économiques sur le marché, ainsi que des monopoles et autres activités entravant la concurrence loyale»¹⁰; en Norvège, «favoriser la concurrence et contribuer ainsi à une utilisation efficace des ressources de la société ... une attention particulière sera accordée aux intérêts

des consommateurs»; au Panama: «protéger et garantir le processus de libre concurrence économique, éliminer les pratiques de monopole et autres restrictions empêchant un fonctionnement efficace des marchés et des services en vue de défendre les intérêts supérieurs des consommateurs»¹¹; au Pérou: «éliminer les pratiques de monopole, de contrôle et de restriction contraires à la libre concurrence et veiller au développement de l'initiative privée et aux intérêts des consommateurs»¹²; en Fédération de Russie: «une zone économique commune, la libre circulation des marchandises, la protection de la concurrence, la liberté économique en Fédération de Russie et la création des conditions nécessaires au bon fonctionnement des marchés de produits»; en Espagne, les buts de la loi (loi 16/1989 sur la protection de la concurrence) sont soulignés dans l'«Énoncé des objectifs»: la concurrence, en tant que principe directeur de toute économie de marché, est une composante essentielle du type d'organisation économique de notre société et, du point de vue du respect des libertés individuelles, elle est la forme première et la plus importante de l'exercice de la libre entreprise. La protection de la concurrence, donc, conformément aux exigences de l'ensemble de l'économie, et, le cas échéant, de la planification, doit être considérée comme une mission pour les pouvoirs publics étroitement liée à l'article 38 de la Constitution¹³; en Suède: «éliminer et neutraliser les obstacles à une concurrence efficace dans la production et le commerce des biens, services et autres produits»¹⁴; en Suisse: «empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et autres restrictions à la concurrence et ... promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral»; aux États-Unis: «une charte globale de liberté économique destinée à préserver une concurrence libre et sans entrave en tant que principe du commerce. Elle repose sur la prémisse que la libre interaction des forces de la concurrence aboutira à une répartition optimale de nos ressources économiques, aux prix les plus bas, à la qualité la meilleure et au plus grand progrès matériel, tout en créant un cadre propice à la sauvegarde de nos institutions politiques et sociales démocratiques»¹⁵; dans la province chinoise de Taiwan, l'objectif de la loi sur des pratiques commerciales loyales est de préserver les ordres de négociation, de protéger les intérêts des consommateurs, de garantir une concurrence

loyale et de promouvoir la stabilité et la prospérité économiques¹⁶. En Tunisie, la loi a pour objectif d'énoncer les dispositions qui régissent la liberté des prix, de poser les règles de la libre concurrence, de préciser, à cette fin, les obligations qui incombent aux producteurs, aux commerçants, aux prestataires de services et aux autres intermédiaires, et, afin de prévenir toute pratique anticoncurrentielle, de garantir la transparence des prix, de réfréner les pratiques restrictives et les hausses de prix illicites. Son but est également le contrôle des concentrations économiques; en Ukraine, l'objectif de la loi est le contrôle des monopoles et l'interdiction d'une concurrence déloyale entre les entreprises; au Venezuela: «favoriser et protéger l'exercice de la libre concurrence», ainsi que «l'efficacité profitable aux producteurs et aux consommateurs»¹⁷; les objectifs de la législation zambienne, présentés dans le préambule, sont les suivants: encourager la concurrence dans l'économie en interdisant les pratiques commerciales anticoncurrentielles; réglementer les monopoles et les concentrations de puissance économique; protéger le bien-être du consommateur; renforcer l'efficacité des services de production et de distribution; garantir les meilleures conditions pour la liberté des échanges; élargir la base de l'entrepreneuriat; et pourvoir à tout ce qui touche de près ou de loin aux résolutions ci-dessus. En vertu de l'article 2 de cette loi, l'expression «pratique commerciale» désigne toute pratique liée à l'exercice d'activités commerciales quelles qu'elles soient et inclut tout ce qui peut être fait ou proposé par toute personne et qui influe ou est susceptible d'influer sur les procédés commerciaux de tout commerçant ou de toute catégorie de commerçants ou sur la production, la distribution ou les prix au cours des échanges concernant des biens quels qu'ils soient, immobiliers ou mobiliers, ou tous services¹⁸; le règlement de la Communauté andine mentionne «la prévention et la correction des distorsions provoquées par des comportements commerciaux qui empêchent, limitent ou faussent la concurrence»¹⁹. Concernant la Communauté européenne, le Traité instituant la Communauté économique européenne considère que l'établissement d'«un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun» constitue l'un des moyens nécessaires pour promouvoir «un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques» et «un haut degré de compétitivité»²⁰. Une décision

adoptée par le Mercosur a pour but «d'assurer des conditions de concurrence loyale sur les marchés des agents économiques du Mercosur».

6. Dans les textes proposés ci-dessus, il est question de «contrôler», le terme «contrôle» figurant dans le titre de l'Ensemble de principes et de règles, ainsi que d'«accords restrictifs et de l'abus d'une position dominante sur le marché», c'est-à-dire des pratiques visées aux sections C et D de l'Ensemble. Les mots «qui limitent l'accès au marché» visent les actes destinés à empêcher ou à prévenir l'entrée de concurrents effectifs ou potentiels. Le terme «indûment» signifie que les effets des restrictions doivent être sensibles, en même temps qu'excessifs ou graves, avant que l'interdiction ne devienne applicable. Cette idée est présente dans la législation de nombreux pays, tels que l'Australie²¹, le Mexique²², la République de Corée, la Fédération de Russie, le Royaume-Uni et dans la réglementation de la Communauté européenne.

7. Selon d'autres législations, certains accords de coopération entre petites et moyennes entreprises (PME) peuvent être autorisés s'ils visent à améliorer l'efficacité et la compétitivité de ces entreprises face aux grandes entreprises. Tel est le cas en Allemagne, où les accords de coopération entre PME peuvent encore être examinés pendant une période de transition par les autorités de la concurrence s'ils ont des effets sur le commerce transfrontière ou tombent sous le coup de l'article 81 du Traité de Rome (les dérogations dont bénéficiaient les secteurs du crédit et de l'assurance, les associations de collecte de droits d'auteur et le sport ont été abrogées en conformité avec la législation de l'UE). En outre, au Japon, certains actes de coopératives de PME sont exemptés de l'application de la loi antimonopole lorsqu'ils ont pour objectif l'entraide entre petites et moyennes entreprises ou consommateurs, sous réserve que certaines conditions soient garanties (les petites et moyennes entreprises sont définies par référence au capital libéré et au nombre de salariés). Au Royaume-Uni, un accord ne relèvera pas du premier chapitre de la loi de 1998 sur la concurrence, qui interdit les accords empêchant, restreignant ou faussant la concurrence et étant susceptibles d'influer sur le commerce au Royaume-Uni, sauf si le contrecoup sur la concurrence au Royaume-Uni est «sensible». D'une manière générale, un accord ne sera pas

considéré comme ayant un contrecoup «sensible» si l'ensemble des parts du marché concerné détenues par les parties en question n'excède pas 25 %²³. La loi algérienne stipule que sont autorisés les accords et pratiques qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché ou qui contribuent à améliorer l'emploi²⁴.

8. Dans l'Union européenne, il appartient aux membres de décider comment une règle de minimis devrait s'appliquer. Il y a essentiellement deux possibilités. D'une part, on peut laisser à l'organe de tutelle la faculté de décider à partir d'une évaluation des accords ou arrangements qui lui sont notifiés. C'est alors lui qui aurait la responsabilité d'arrêter les critères d'exception. D'autre part, si l'on privilégie les considérations «d'intérêt national», les restrictions sont envisagées avant tout de manière à déterminer si elles ont ou pourraient avoir, tout compte fait, des effets préjudiciables au développement économique général²⁵. Cette notion, avec des nuances et des ordres de priorité divers, transparaît dans les règles de droit en vigueur sur les pratiques commerciales restrictives aussi bien dans des pays développés que dans des pays en développement²⁶. Il convient de noter, toutefois, qu'il faut faire la différence entre l'idée d'une règle de minimis (selon laquelle certains accords sont de trop peu d'importance pour nuire véritablement à la concurrence et ne concernent pas vraiment les autorités chargées de la concurrence) et l'idée que certains accords qui présentent des caractéristiques anticoncurrentielles méritent néanmoins de bénéficier d'une mesure d'exception en raison d'autres traits qui compensent ces caractéristiques. La législation du Royaume-Uni ainsi que celle de la Communauté européenne admettent ces deux notions²⁷. Aux États-Unis, la jurisprudence adopte une attitude implacable à l'égard de l'inclusion de notions de non-concurrence dans le cadre d'une analyse antitrust. À titre d'exemple, la Cour suprême des États-Unis a précisé que l'objectif de l'analyse antitrust «est de juger de l'importance des répercussions de la restriction sur la concurrence; et non de décider si une politique favorisant la concurrence va dans le sens de l'intérêt public ou de celui des membres d'un secteur d'activité»²⁸.

CHAPITRE II

Définitions et champ d'application

I. *Définitions*

a) Le terme «entreprises» désigne les firmes, sociétés de personnes, sociétés anonymes, compagnies, associations et autres personnes morales, qu'elles soient créées ou contrôlées par des intérêts privés ou par l'État, qui exercent des activités commerciales; il englobe leurs succursales, filiales, sociétés affiliées ou autres entités directement ou indirectement contrôlées par elles.

b) L'expression «position dominante sur le marché» désigne une situation où une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou d'un groupe de biens ou services particuliers.

c) L'expression «fusions-acquisitions» désigne des situations dans lesquelles, grâce à une opération juridique entre deux entreprises ou plus, ces dernières procèdent à une unification légale de la propriété d'actifs qui faisaient auparavant l'objet d'un contrôle séparé. Ces situations englobent les rachats, les coentreprises et d'autres formes de prise de contrôle, comme les directions imbriquées.

d) L'expression «marché considéré» désigne les conditions générales dans lesquelles vendeurs et acheteurs échangent des biens, et sous-entend que soient définies des limites à l'intérieur desquelles la concurrence entre les groupes de vendeurs et d'acheteurs est susceptible d'être restreinte. Elle suppose la définition du produit et de la zone géographique dans laquelle des groupes particuliers de biens, d'acheteurs et de vendeurs interagissent afin de fixer les prix et la production. Elle devrait englober tous les produits ou services qui peuvent raisonnablement se substituer les uns aux autres, ainsi que tous les concurrents voisins vers lesquels les consommateurs pourraient se tourner à brève échéance si la restriction ou l'abus entraînait une augmentation non négligeable des prix.

II. *Champ d'application*

a) La loi s'applique à toutes les entreprises telles qu'elles sont définies ci-dessus, en ce qui

concerne l'ensemble de leurs accords commerciaux, opérations ou transactions portant sur des biens, services ou droits de propriété intellectuelle.

b) Elle s'applique à toute personne physique qui, agissant à titre privé en tant que propriétaire, directeur ou employé d'une entreprise, autorise, applique ou favorise des pratiques restrictives interdites par la loi.

c) Elle ne s'applique pas aux actes souverains de l'État lui-même ou des administrations locales, ni aux actes des entreprises ou personnes physiques qui sont imposés ou suivis par l'État ou par des administrations ou collectivités locales agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir.

COMMENTAIRES DU CHAPITRE II ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES

Définitions et champ d'application

I. *Définitions*

a) Le terme «entreprises» désigne les firmes, sociétés de personnes, sociétés anonymes, compagnies, associations et autres personnes morales, qu'elles soient créées ou contrôlées par des intérêts privés ou par l'État, qui exercent des activités commerciales; il englobe leurs succursales, filiales, sociétés affiliées ou autres entités directement ou indirectement contrôlées par elles.

9. La définition des «entreprises» est fondée sur la section B i) 3) de l'Ensemble de principes et de règles.

b) L'expression «position dominante sur le marché» désigne une situation où une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou d'un groupe de biens ou services particuliers.

10. La définition de la «position dominante sur le marché» est fondée sur la section B i) 2) de l'Ensemble de principes et de règles. Pour d'autres observations sur ce point, voir plus loin paragraphes 55 à 60.

d) L'expression «marché considéré» désigne les conditions générales dans lesquelles vendeurs et acheteurs échangent des biens, et sous-entend que soient définies des limites à l'intérieur desquelles la concurrence entre les groupes de vendeurs et d'acheteurs est susceptible d'être restreinte. Elle suppose la définition du produit et de la zone géographique dans laquelle des groupes particuliers de biens, d'acheteurs et de vendeurs interagissent afin de fixer les prix et la production. Elle devrait englober tous les produits ou services qui peuvent raisonnablement se substituer les uns aux autres, ainsi que tous les concurrents voisins vers lesquels les consommateurs pourraient se tourner à brève échéance si la restriction ou l'abus entraînait une augmentation non négligeable des prix.

11. Les définitions de l'Ensemble ont été élargies pour inclure celle du «marché considéré». La conception de cette définition est celle qui est développée dans les directives des États-Unis applicables aux fusions, qui sont généralement acceptées par les économistes «antitrust» dans la plupart des pays²⁹.

12. La définition du «marché considéré» consiste, en termes simples, à déterminer les produits ou services particuliers ou la catégorie de produits fabriqués ou de services fournis par une ou plusieurs entreprises dans une zone géographique donnée. L'encadré 2 indique les principaux éléments de la définition du marché considéré et du marché dans le droit et la politique de la concurrence. La Cour suprême des États-Unis a défini le marché considéré comme «la zone de concurrence effective dans laquelle le défendeur opère»^{30, 31}. Pour cerner la zone de concurrence effective, il faut étudier à la fois le

marché considéré du produit et la zone géographique visée. Il convient aussi de noter que le marché considéré, une fois défini, donne la position dans laquelle l'entreprise se trouve en matière de concurrence. En outre, de nombreuses juridictions, y compris le Royaume-Uni prévoient la possibilité de tenir compte du remplacement de l'offre pour la définition du marché considéré, ce qui a des conséquences importantes lorsque la loi en question implique des mesures découlant de la seule part de marché. Par exemple, dans certains pays, les «monopoles» (des entreprises détenant 30 à 40 % du marché) sont tenus de se soumettre à des dispositions en matière de contrôle des prix ou d'information. La loi indienne de 2002 sur la concurrence définit une «entreprise» comme:

«une personne ou un service gouvernemental qui se livre, ou s'est livré, à toute activité en rapport avec la production, le stockage, l'approvisionnement, la distribution, l'acquisition ou le contrôle d'articles ou de biens, ou à la prestation de services, quels qu'ils soient, ou à l'investissement, ou à des activités en rapport avec l'acquisition, la garde, la garantie d'émission d'actions, d'obligations ou autres valeurs de toute autre personne morale, ou toutes transactions les concernant, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'un de ses services, ou de ses divisions ou l'une de ses filiales, qu'ils soient situés au même endroit que cette entreprise ou dans un endroit ou des endroits différent(s), mais non à des activités gouvernementales en rapport avec des fonctions qui sont l'apanage de l'État, y compris celles qui relèvent des services du gouvernement central qui ont trait à l'énergie atomique, à la monnaie, à la défense et à l'espace» (sect. 2 h)³².

Encadré 2

Définition du marché considéré et du marché dans le droit et la politique de la concurrence

Le marché considéré, le lieu où l'offre et la demande agissent l'une sur l'autre, constitue un cadre d'analyse qui met en évidence les limitations de la concurrence auxquelles se heurtent les entreprises concernées. L'objectif de la définition du marché considéré est de recenser les entreprises qui sont en concurrence pour un produit et dans une zone géographique donnée afin de déterminer si d'autres entreprises peuvent peser effectivement sur les prix du monopoleur. En d'autres termes, il s'agit de rechercher les concurrents de ces entreprises qui sont réellement en mesure d'influer sur leur comportement et de les empêcher d'agir en marge de toutes les véritables pressions concurrentielles. Ainsi, la définition du marché considéré du produit et de la zone géographique visée est une phase essentielle de l'analyse de nombreuses affaires qui ont fait jurisprudence en matière de concurrence.

Le marché considéré du produit est défini par le processus de détermination de la gamme de produits de substitution voisins d'un produit fourni par des entreprises dont le comportement fait l'objet d'une enquête.

À mesure que la mondialisation progresse, le marché géographique considéré peut être local, national, international ou même mondial, en fonction du produit particulier à l'examen, de la nature des possibilités de substitution et de la présence ou de l'absence de facteurs spécifiques (par exemple, les coûts de transport, les droits de douane ou d'autres obstacles et mesures liés à la réglementation) qui empêchent les importations de contrecarrer l'exercice d'une position de force sur le marché à l'échelle nationale.

Dans l'UE, pour la définition du marché considéré, l'Administration de la concurrence tient compte d'un certain nombre de facteurs, tels que les réactions des agents économiques à l'égard des variations des prix relatifs, les caractéristiques socioculturelles de la demande, et la présence ou l'absence d'obstacles à l'accès au marché, tels que les coûts de transport. Cette administration tend à mettre l'accent sur les tendances de la demande dans son analyse, ce qui influe sur la dimension géographique du marché considéré.

Sources: Commission européenne, OCDE, CNUCED et OMC.

13. Le marché du produit (le terme «produit» désigne également les services) est le premier élément à prendre en considération pour déterminer le marché considéré. En pratique, deux critères étroitement interdépendants ont été appliqués pour délimiter le marché considéré du produit (ou du service): les possibilités raisonnables de substitution et l'élasticité croisée de la demande. Dans l'application du premier critère, on tient généralement compte de deux facteurs, en cherchant à savoir si l'utilisation finale du produit et de ses produits de substitution est foncièrement la même, ou si les caractéristiques physiques (ou qualités techniques) sont suffisamment semblables pour que la clientèle puisse aisément passer d'un produit à l'autre. Dans l'application du critère d'élasticité croisée, l'élément central est le prix. Il s'agit d'étudier dans quelle proportion la demande d'un

produit augmente à la suite d'un certain pourcentage d'augmentation du prix d'un autre produit. Dans un marché à forte élasticité croisée, une légère augmentation du prix d'un produit incitera les clients à se tourner vers l'autre produit, ce qui indique que les produits en question sont en concurrence sur le même marché, alors qu'au contraire, une faible élasticité croisée indiquerait que les produits ont des marchés distincts.

Dans la loi indienne de 2002 sur la concurrence, article 2 (r, s et t), le marché considéré est défini comme suit:

r) L'expression «marché considéré» désigne le marché qui peut être défini par la Commission en fonction du marché considéré du produit ou de la zone géographique concernée, ou des deux;

s) Le «marché géographique considéré» désigne une zone dans laquelle les conditions de la concurrence en matière de distribution de marchandises ou de prestation de services ou de demande de marchandises ou de services sont clairement homogènes et peuvent être différenciées des conditions qui prévalent dans les zones voisines;

t) L'expression «marché considéré du produit» désigne un marché qui englobe tous les produits ou services considérés par le consommateur comme interchangeables ou pouvant se substituer les uns aux autres, en raison des caractéristiques des produits ou des services, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés;

Concernant «le marché considéré du produit», la loi indienne sur la concurrence tient compte des éléments suivants:

- a) Les caractéristiques physiques ou l'utilisation finale des marchandises;
- b) Le prix des marchandises ou des services;
- c) Les préférences des consommateurs;
- d) L'exclusion de la production pour compte propre;
- e) L'existence de producteurs spécialisés;
- f) La classification des produits industriels.

14. Le marché géographique est le second élément dont il faut tenir compte pour déterminer le marché considéré. En gros, il peut être décrit comme la zone dans laquelle opèrent les vendeurs d'un produit ou service donné. Il peut également être défini comme un marché où les vendeurs d'un produit ou d'un service peuvent opérer sans rencontrer d'obstacles sérieux³³. Il peut être restreint – par exemple une petite ville – ou s'étendre au marché mondial lui-même. Entre ces deux possibilités, il peut y en avoir d'autres: plusieurs villes, une province, un État ou une région comprenant plusieurs États. Ainsi, pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives dans un groupement économique régional comme la Communauté économique européenne, le marché géographique considéré est «le Marché commun ou une partie substantielle de celui-ci». À ce propos, la Cour de justice, dans l'affaire

*Industrie européenne du sucre*³⁴, a décidé que la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas et le sud de ce qui était alors la République fédérale d'Allemagne constituaient chacun «des parties substantielles du Marché commun» (c'est-à-dire le marché géographique considéré). En outre, la Cour a estimé qu'il fallait tenir compte, en particulier, de la structure et du volume de la production et de la consommation du produit, ainsi que des habitudes et des possibilités économiques des vendeurs et des acheteurs. Pour déterminer le marché géographique, on peut aussi appliquer des critères relatifs à la demande, ce qui permet d'établir que le marché géographique considéré est la zone dans laquelle un consommateur ou un acheteur raisonnable satisfait sa demande. Pour déterminer «le marché géographique considéré», la loi indienne sur la concurrence tient compte des éléments suivants (art. 19 6)):

- a) Les obstacles réglementaires au commerce;
- b) Les obligations locales relatives aux spécifications;
- c) Les politiques nationales en matière de marchés;
- d) Les services adéquats de distribution;
- e) Les coûts des transports;
- f) La langue;
- g) Les préférences des consommateurs;
- h) Le besoin d'approvisionnements sûrs et rapides ou de services après vente rapides.

15. Un certain nombre de facteurs interviennent dans la détermination du marché géographique considéré, dont les surcoûts dus aux frais de transport, la difficulté plus ou moins grande de se procurer les biens ou services, les choix offerts aux consommateurs et le niveau fonctionnel auquel les entreprises opèrent. Au Chili, la législation ne prévoit pas de définitions des concepts mentionnés ci-dessus.

II. *Champ d'application*

- a) La loi s'applique à toutes les entreprises telles qu'elles sont définies ci-dessus, en ce qui

concerne l'ensemble de leurs accords commerciaux, opérations ou transactions portant sur des biens, services ou droits de propriété intellectuelle.

b) Elle s'applique à toute personne physique qui, agissant à titre privé en tant que propriétaire, directeur ou employé d'une entreprise, autorise, applique ou favorise des pratiques restrictives interdites par la loi.

c) Elle ne s'applique pas aux actes souverains de l'État lui-même ou des administrations locales, ni aux actes des entreprises ou personnes physiques qui sont imposés ou suivis par l'État ou par des administrations ou collectivités locales agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir.

Des problèmes peuvent se poser lorsque des entreprises ou des personnes physiques relevant de l'État ou d'administrations locales, ou lorsque des entreprises ou des personnes physiques qui sont imposées ou contrôlées (c'est-à-dire réglementées) au nom de l'intérêt général par l'État ou des administrations ou collectivités locales, agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir, agissent en en outrepassant les pouvoirs qui leur ont été délégués. Toutefois, dans certaines législations, les actes d'agents de la fonction publique ou d'entreprises publiques qui sont susceptibles de réduire, éliminer ou exclure la

concurrence dans le commerce ou l'industrie, sont soumis à la loi sur la concurrence. L'encadré 3 décrit l'interaction entre la loi sur la concurrence et la politique et la réglementation en matière de concurrence.

16. La définition du champ d'application tient compte de la section B ii) de l'Ensemble. Elle a été étoffée afin de préciser que la loi s'applique aux personnes physiques, mais non à des agents de la fonction publique agissant pour le compte de l'État. Toutefois, une personne physique n'est pas une «entreprise», à moins d'être incorporée dans une «société de personnes». La loi type pourrait laisser entendre qu'un accord passé entre une société et son administrateur gérant est un accord entre deux «entreprises», donc une entente délictueuse. L'analyse juridique conclut à peu près partout que ce ne devrait pas être le cas. Au Chili, cependant, «la personne qui exécute ou conclut, à titre individuel ou collectivement, tout acte est considérée comme une société de personnes. (...)»³⁵. En Colombie, l'article 25 du Code de commerce dispose, à cet égard, que «*le terme "entreprise" désigne toute activité économique organisée aux fins de production, traitement, distribution, administration ou stockage des biens, ou de prestation de services. Une telle activité doit être exercée par un, ou plus d'un, établissement commercial*».

Encadré 3

Droit et politique de la concurrence et réglementation

Essentiellement, le droit et la politique de la concurrence et la réglementation tendent à défendre l'intérêt général contre le pouvoir de monopole. Ils donnent des instruments à un gouvernement pour atteindre cet objectif, mais varient quant à leur champ d'application. Le droit de la concurrence et la réglementation ne sont pas identiques. Le droit et la politique de la concurrence et la réglementation peuvent poser quatre types de problèmes d'interaction:

- *La réglementation peut contredire la politique de concurrence.* La réglementation peut avoir pour effet d'encourager, voire de prescrire une conduite ou des conditions qui seraient par ailleurs en violation de la loi sur la concurrence. Par exemple, une réglementation peut avoir pour effet de permettre une coordination en matière de prix, d'empêcher toute publicité ou de prescrire une répartition territoriale du marché. D'autres exemples comprennent notamment des lois interdisant les ventes au-dessous des coûts, qui sont censées favoriser la concurrence mais sont souvent interprétées sous des formes anticoncurrentielles, et la catégorie très large des réglementations qui restreignent la concurrence plus que nécessaire pour atteindre les objectifs réglementaires. La modification ou la suppression de ces règlements oblige les entreprises concernées à modifier leurs habitudes et leurs prévisions.

- *La réglementation peut remplacer la politique de concurrence.* Dans les monopoles naturels, la réglementation peut essayer de contrôler les positions de force sur le marché directement, en fixant des prix (prix plafonnés) et en contrôlant l'entrée et l'accès. Des changements dans le domaine de la technologie et dans d'autres institutions peuvent conduire à réexaminer les principes fondamentaux à l'appui de la réglementation, par exemple lorsque la politique de concurrence et les institutions chargées de ce secteur ne seraient pas en mesure d'empêcher une situation de monopole et l'exercice d'une position de force sur le marché.
- *La réglementation peut reproduire le droit et la politique de la concurrence.* La coordination et les abus dans une branche d'activité peuvent être évités par la réglementation et les organes chargés de la réglementation comme c'est le cas du droit et de la politique de la concurrence. Par exemple, la réglementation peut fixer des normes de concurrence loyale ou les règles de passation des marchés pour assurer l'appel à la concurrence. Toutefois, différents organes chargés de la réglementation peuvent appliquer des normes distinctes et des changements ou des différences dans les institutions chargées de la réglementation peuvent montrer que des politiques faisant apparemment double emploi ont abouti à des résultats pratiques différents.
- *La réglementation peut utiliser les méthodes des institutions chargées de la concurrence.* Les instruments visant à atteindre les objectifs de la réglementation peuvent être conçus pour tirer parti des mesures d'incitation commerciale et de la dynamique de la concurrence. Une coordination peut être nécessaire pour veiller à ce que ces instruments fonctionnent comme cela est prévu dans le contexte des dispositions de la loi sur la concurrence.

La conception de la définition du marché, pour l'Union européenne, figure dans une communication de la Commission sur la définition du marché considéré aux fins du droit communautaire de la concurrence, OJ 1997 C 372, page 5. Voir l'encadré 2. En outre, les personnes physiques peuvent être classées comme entreprises aux termes des articles 81 et 82 CE sans être incorporées dans une société de personnes s'il s'agit d'acteurs économiques indépendants sur le marché des biens ou des services (voir, par exemple, en ce qui concerne les expéditeurs en douane italiens, l'affaire C-35/96 *Commission des Communautés européennes c. République italienne* [1998] Recueil de jurisprudence I-3851). La Cour de justice européenne a donc classé, à partir de là, les médecins et les architectes comme entreprises en vertu des articles 81 et 82 CE. La définition d'«entreprise» pourrait être remplacée par celle d'«agent économique», ce qui permettrait à la loi d'être appliquée également aux personnes physiques qui peuvent agir ou, en fait, agissent effectivement en tant que membres de professions libérales (juristes, expéditeurs en douane, etc.). De plus, relèveraient de cette loi certains types de personnes morales qui, en principe, exercent des activités à but non lucratif, comme des associations ou des unions d'entreprises et/ou de membres de professions libérales, lesquelles

pourraient également avoir des comportements anticoncurrentiels³⁶.

En Ukraine, l'expression «entité économique» désigne une personne morale de ce type, quels que soient son organisation et sa forme juridique, son régime de propriété ou une personne morale de ce type exerçant une activité de production, de vente ou d'achat de produits et d'autres activités, y compris les personnes qui exercent un contrôle sur d'autres personnes morales ou physiques; un groupe d'entités économiques si l'une ou plusieurs d'entre elles exerce(nt) un contrôle sur les autres. Les organes de l'État, les organes des collectivités locales autonomes, les organes de gestion et de contrôle administratifs et économiques doivent également être considérés comme des entités économiques en fonction de leurs activités de production, de vente et d'achat de produits ou de leurs autres activités économiques³⁷. En Arménie, il est indiqué que «la présente loi s'applique aux activités et à la gestion des entités économiques, des organes administratifs de l'État et des collectivités locales qui pourraient entraîner la restriction, la prévention et la distorsion de la concurrence ou des actes de concurrence déloyale, sauf disposition contraire de la loi»³⁸.

En Corée, le champ d'application de la MRFTA s'étend à toutes les entreprises. Les exceptions dont bénéficiaient l'agriculture, la pêche, la foresterie et les mines ont été abrogées lors de la révision de la loi (art. 2-1). La loi norvégienne sur la concurrence prévoit la publication de règlements autorisant les dérogations nécessaires à la mise en œuvre de politiques dans les domaines de l'agriculture et des pêches (art. 3). En Ukraine, la loi s'applique aux relations impliquant les entités économiques (entreprises), leurs associations, les organes de l'État, les citoyens, les personnes morales et leurs associations qui ne sont pas des entités économiques (entreprises) en cas de concurrence déloyale, y compris concernant les actes commis par eux hors d'Ukraine, si ces actes ont des conséquences néfastes sur la concurrence en Ukraine. En Zambie, l'article 6 1) de la loi définit le champ d'application de ladite loi présentée comme étant destinée à permettre de surveiller, contrôler et interdire les actes ou les comportements susceptibles de nuire à la concurrence et aux pratiques commerciales loyales en Zambie. Les «personnes» concernées sont les particuliers, les compagnies, les partenariats, les associations et tout groupe de personnes agissant en collaboration et doté ou non de la personnalité morale, à la différence de la loi type. Cette loi couvre à la fois le secteur public et le secteur privé, sauf pour les questions qui figurent dans l'article 3³⁹.

17. Bien que la quasi-totalité des codes internationaux relatifs aux pratiques commerciales restrictives, tels que les règles de la Communauté européenne relatives à la concurrence, la décision de la Communauté andine sur les pratiques de nature à restreindre la concurrence et la décision du Mercosur sur la protection de la concurrence, s'appliquent uniquement aux entreprises, la plupart des lois nationales en matière de pratiques commerciales restrictives s'appliquent aux personnes physiques aussi bien qu'aux entreprises, puisque la dissuasion et la réparation peuvent être plus efficaces au niveau national si les propriétaires ou les dirigeants des entreprises peuvent être tenus pour personnellement responsables des violations qu'ils commettent ou autorisent. Il importe aussi de mentionner que les associations professionnelles peuvent également être considérées comme des «entreprises», aux fins des lois sur la concurrence⁴⁰.

18. Le champ d'application a également été précisé de manière à exclure les actes souverains des administrations locales qui ont reçu une délégation de pouvoir en matière de réglementation et à protéger les actes des personnes physiques qui sont imposés ou contrôlés par l'État. Il convient toutefois de mentionner que, selon la section B 7) de l'Ensemble de principes et de règles, ainsi que dans la plupart des pays qui appliquent une législation moderne sur les pratiques commerciales restrictives, la loi vise les entreprises d'État de la même façon que les entreprises privées^{41, 42}. Au Kenya, l'article 73 de la loi s'applique aux entreprises d'État mais prévoit aussi des exceptions dans son article 5⁴³. En Espagne, l'article 2 de la loi sur la concurrence prévoit la pleine application de ses dispositions aux situations de concurrence restreinte qui proviennent de l'exercice de pouvoirs administratifs ou de l'action des pouvoirs publics ou des entreprises d'État, à moins que le comportement en cause ne résulte de l'application de la loi⁴⁴. En Algérie, la loi sur la concurrence s'applique aux actes des personnes publiques, dans la mesure où elles n'interviennent pas dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique ou dans l'accomplissement de missions de service public. L'accord d'association avec l'UE prévoit l'adaptation progressive des monopoles d'État à caractère commercial d'ici à 2010, ainsi que l'interdiction de toutes les mesures contraires aux intérêts des parties, en particulier eu égard aux entreprises publiques et aux entreprises auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs ont été octroyés⁴⁵.

19. La référence à la propriété intellectuelle concorde avec la quasi-totalité des lois antitrust, qui traitent les licences de technologie comme des «accords» et permettent de les analyser en profondeur pour y détecter des restrictions ou des abus, comme dans n'importe quel autre accord, sauf que l'exclusivité légale que l'État accorde aux inventeurs peut justifier certaines restrictions qui ne seraient pas admissibles dans d'autres circonstances.

20. Il est à noter que dans plusieurs pays, les droits de propriété intellectuelle⁴⁶ ont suscité des problèmes de concurrence. Étant donné les problèmes de ce type provoqués par l'exercice du droit d'auteur, et des droits découlant des brevets et des marques de commerce, plusieurs pays dont l'Espagne⁴⁷ et le Royaume-Uni⁴⁸, ainsi que l'Union européenne, ont jugé nécessaire

d'élaborer une réglementation spécifique sur les droits de propriété intellectuelle et la concurrence. Les États-Unis ont également adopté des directives à l'intention des entreprises qui ont besoin de savoir si les autorités compétentes contesteront une pratique comme étant anticoncurrentielle⁴⁹. Il est enfin important de tenir compte des dispositions relatives au contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles qui figurent dans l'Accord sur les ADPIC⁵⁰. Au Chili, l'article 5 dispose que, «sous réserve de ce qui est arrêté dans la présente loi, les dispositions juridiques et réglementaires relatives à la propriété intellectuelle et industrielle restent en vigueur (...)», les organes chargés de lutter contre les monopoles examinent les affaires de ce type si elles ont des répercussions sur la concurrence⁵¹.

CHAPITRE III

Accords ou arrangements restrictifs

I. *Interdiction des accords ci-après entre des entreprises qui ont des activités rivales ou susceptibles de l'être, que ces accords soient écrits ou oraux, officiels ou non officiels:*

- a) Accords fixant les prix ou autres conditions de vente, y compris dans le commerce international;
- b) Soumissions collusoires;
- c) Répartition des marchés ou de la clientèle;
- d) Restrictions à la production ou aux ventes, notamment au moyen de contingents;
- e) Refus concertés d'achat;
- f) Refus concertés d'approvisionnement;
- g) Refus collectif d'admission à la qualité de partie à un arrangement, ou ce membre d'une association, d'une importance décisive pour la concurrence.

II. *Autorisation ou dérogation*

Les pratiques relevant de la section I, quand elles sont dûment notifiées à l'avance et quand elles sont le fait d'entreprises exposées à une concurrence effective, peuvent être autorisées ou faire l'objet de dérogations lorsque les responsables de l'application des lois sur la concurrence établissent que l'accord, dans son ensemble, servira l'intérêt public.

COMMENTAIRES DU CHAPITRE III ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES

Accords ou arrangements restrictifs

I. *Interdiction des accords ci-après entre des entreprises qui ont des activités rivales ou susceptibles de l'être, que ces accords soient écrits ou oraux, officiels ou non officiels:*

- a) Accords fixant les prix ou autres conditions de vente, y compris dans le commerce international;
- b) Soumissions collusoires;
- c) Répartition des marchés ou de la clientèle;
- d) Restrictions à la production ou aux ventes, notamment au moyen de contingents;
- e) Refus concertés d'achat;
- f) Refus concertés d'approvisionnement;
- g) Refus collectif d'admission à la qualité de partie à un arrangement, ou ce membre d'une association, d'une importance décisive pour la concurrence.

21. Les éléments de cet article sont fondés sur le paragraphe 3 de la section D de l'Ensemble et, comme dans ce paragraphe, la doctrine suivie a généralement été celle de l'interdiction de principe. Cette idée est reprise ou semble gagner du terrain dans les règles de droit de nombreux pays sur les pratiques restrictives. Voir l'encadré 4 pour la plupart des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de donner lieu à une enquête.

Encadré 4

Pratiques concurrentielles susceptibles de donner lieu à une enquête

- Une entente secrète entre entreprises concurrentes régissant les prix ou les parts de marché;
- Un régime de fixation des prix appliqué par une entreprise en position dominante sans tenir compte des exigences du marché, mais en vue d'écartier un concurrent moins important du marché («prix d'agression»);
- Un refus d'approvisionnement d'une entreprise en position dominante;
- Un système de distribution qui répartit de manière rigide le marché à l'échelon national en territoires distincts et fait obstacle à des importations parallèles du produit considéré.

22. Les accords entre entreprises sont foncièrement de deux types: horizontaux et verticaux. Les accords horizontaux sont conclus entre des entreprises ayant à peu près les mêmes activités, c'est-à-dire entre producteurs, entre grossistes ou entre détaillants s'occupant de produits types comparables. Les accords verticaux sont conclus entre des entreprises situées à des stades différents du circuit de fabrication et de distribution, par exemple entre fabricants de composants et fabricants de produits qui renferment ces composants, entre producteurs et grossistes, ou entre producteurs, grossistes et détaillants. Certains accords peuvent être à la fois verticaux et horizontaux, comme c'est le cas des accords de fixation des prix. L'expression «qui ont des activités rivales» vise les entreprises concurrentes dans le sens horizontal. L'expression «ou susceptibles de l'être» vise une situation où l'autre partie ou les autres parties sont capables et vraisemblablement à même d'entreprendre le même genre d'activité, par exemple, un distributeur de composants peut aussi être producteur d'autres composants.

23. Les accords entre entreprises sont en principe interdits par l'Ensemble, «sauf quand elles traitent l'une avec l'autre dans le cadre d'une entité économique où elles sont sous contrôle commun, y compris par voie de propriété, ou pour d'autres raisons, ne peuvent agir indépendamment l'une de l'autre» (sect. D.3). Il convient de noter qu'un très grand nombre de tribunaux ont jugé que les entreprises sous contrôle commun ou propriété commune ne sont pas rivales ou susceptibles de l'être. Aux États-Unis, alors que quelques juridictions ont étendu cette règle aux sociétés dont le capital est détenu en majorité par une autre

entreprise⁵², la Cour suprême s'est bornée à décider qu'une société mère et la filiale qu'elle contrôle entièrement ne sauraient se concerter illicitement au sens de la loi Sherman⁵³.

24. Les accords ou arrangements, écrits ou oraux, officiels ou non officiels, seraient frappés par l'interdiction, laquelle s'appliquerait à n'importe quel accord, que les parties aient ou non l'intention de lui donner force de loi. À ce propos, la loi indienne de 2002 sur la concurrence porte interdiction de tout accord relatif à la production, l'approvisionnement, la distribution, le stockage ou le contrôle de biens ou la prestation de services, qui nuit, ou est susceptible de nuire à la concurrence sur le territoire de l'Inde. Dans le cas des accords horizontaux, il y a présomption d'importantes conséquences néfastes pour la concurrence. La législation pakistanaise définit un accord comme s'entendant de «tout arrangement ou convention, écrit ou non écrit, qu'il soit ou non destiné à avoir force exécutoire»⁵⁴. Le Gabon, l'Inde et l'Afrique du Sud⁵⁵ ont adopté une définition analogue. La législation de la Pologne⁵⁶ et celle de la Fédération de Russie⁵⁷ parlent d'«accords sous quelque forme que ce soit». La loi espagnole, qui s'inspire des règles de la Communauté européenne, est rédigée en termes larges, recouvrant de multiples possibilités qui vont plus loin que les accords, puisqu'elle mentionne «les décisions ou recommandations collectives, ou pratiques concertées ou délibérément parallèles». La législation de la Côte d'Ivoire, de la Hongrie, du Pérou et du Venezuela⁵⁸, ainsi que les règlements de la Communauté andine et du Mercosur vont dans le même sens.

25. Les arrangements consignés par écrit ne prêtent pas à controverse quant à leur existence, même s'il pourrait y avoir controverse quant à leur portée. Cependant, les entreprises s'abstiennent souvent de coucher par écrit l'accord restrictif, en particulier quand cette pratique est interdite par la loi. Les accords non officiels ou oraux soulèvent un problème de preuve, puisqu'il faut établir l'existence d'une certaine forme de communication ou d'une connaissance partagée de décisions commerciales entre les entreprises, qui a entraîné de leur part une action concertée ou des comportements parallèles. La preuve de l'action concertée est donc, en ce cas, une preuve par présomption. Le parallélisme des actes incite fortement à supposer pareil comportement, mais pourrait n'être pas considéré comme une preuve concluante. Un moyen supplémentaire et important de prouver l'existence d'un accord oral, nettement plus convaincant que la preuve d'un comportement parallèle, est la déposition directement faite par des témoins.

26. Pour établir si un comportement parallèle est l'aboutissement de décisions commerciales indépendantes ou d'un accord tacite, il faudrait probablement faire des recherches sur la structure du marché, les écarts entre les prix par rapport au coût de la production, la chronologie des décisions, et d'autres indices d'une uniformité de comportement des entreprises sur le marché d'un produit donné. Une chute parallèle des prix peut témoigner d'une saine concurrence, alors que des augmentations parallèles devraient faire naître une forte présomption d'accord ou arrangement tacite ou autre suffisante pour imposer la charge de la preuve à l'entreprise ou aux entreprises intéressées, qui devraient alors produire des éléments d'information à décharge⁵⁹. Un autre moyen de distinguer les comportements concurrentiels, mais parallèles, de ceux qui résultent d'un accord anticoncurrentiel serait d'examiner si le comportement d'une entreprise donnée serait conforme à ses propres intérêts en l'absence de l'assurance que ses concurrents agiront de la même façon. Il importe néanmoins aussi de signaler que des augmentations parallèles de prix, particulièrement en période d'inflation généralisée, s'accordent aussi bien avec la concurrence qu'avec une entente collusoire et ne témoignent pas à coup sûr d'un comportement anticoncurrentiel.

27. Les pratiques commerciales restrictives visées aux alinéas *a* à *g* de l'article 3 ne sont que des exemples et ne devraient pas être considérées comme étant une énumération exhaustive de pratiques à interdire. Bien que cette liste englobe les cas les plus courants de pratiques restrictives, elle peut être étendue à d'autres encore et prendre un caractère indicatif par l'insertion des mots «entre autres possibilités», «en particulier», comme, par exemple, en Hongrie⁶⁰, ou «entre autres» comme, par exemple, dans la nouvelle législation colombienne^{61, 62}, entre les mots «interdiction» et «des accords ci-après», ou par l'addition des mots «ou autres cas d'effet équivalent», comme dans le règlement de la Communauté andine⁶³, ou par le remplacement du terme «suivants» par l'expression «en particulier, lorsqu'ils consistent en...», comme dans la loi espagnole sur la concurrence. L'article 3 devient ainsi une «clause générale» qui vise non seulement les accords énumérés aux alinéas *a* à *g*, mais d'autres qui ne sont pas expressément mentionnés et que l'organe de tutelle pourrait juger également restrictifs.

28. En outre, dans quelques pays tels que l'Inde, certains accords sont évalués par la Commission indienne sur la concurrence en fonction des effets pernicieux importants qu'ils ont sur la concurrence sur le territoire indien, selon la règle du caractère raisonnable. Ces accords sont les suivants:

- i) Les accords de vente liée;
- ii) Les accords d'exclusivité d'approvisionnement;
- iii) Les accords d'exclusivité de distribution;
- iv) Le refus de commercer; et
- v) Les prix imposés.

29. La législation des États-Unis se caractérise, quant à elle, par le critère de l'infraction a priori conçu dans l'application de l'article premier de la loi Sherman. Tandis que le principe à suivre pour constater un comportement anticoncurrentiel est celui du «caractère raisonnable» (l'objectif de la législation étant de lutter contre les restrictions non raisonnables, reconnues telles après examen du but et des effets de la pratique présentée comme une restriction), la Cour suprême a jugé

que «certains accords ou pratiques, en raison de leur effet pernicieux sur la concurrence, et faute d'offrir le moindre avantage en compensation, sont présumés irréfutablement non raisonnables, donc illégaux, sans nécessité d'un examen détaillé pour déterminer précisément les torts qu'ils ont causés ou le motif d'ordre commercial invoqué pour leur utilisation»⁶⁴. Les restrictions réputées constituer des infractions a priori englobent généralement la fixation collusoire des prix, le partage horizontal des marchés et des clientèles, et le truquage des offres. Plusieurs pays considèrent en effet les «ententes préalables» comme des infractions a priori dans leur législation. Le droit hongrois de la concurrence, par exemple, n'autorise pas les accords de fixation des prix ou de partage de marchés même si ceux-ci le seraient en vertu de la règle de minimis, étant considérés comme revêtant une importance secondaire en raison des parts de marché des participants⁶⁵.

30. Il est à noter que la Commission européenne considère également a priori que des accords entre entreprises (ou des pratiques concertées ou décisions d'associations d'entreprises) qui restreignent la concurrence sont (en raison des effets qu'ils peuvent avoir sur le commerce entre les États membres) interdits (art. 81 1) du Traité de Rome) et «nuls de plein droit» (art. 81 2) du Traité de Rome). Il est toutefois prévu que, dans certaines circonstances, de tels accords peuvent être exemptés de l'application de l'article 81 1) s'ils remplissent les conditions stipulées à l'article 81 3) du Traité de Rome, qui se lisent comme suit:

- a) Qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique;
- b) Tout en réservant aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte;
- c) Sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions (concernant la concurrence) qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs; et
- d) Sans donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Un trait propre à la législation russe est l'absence de critère d'infraction a priori dans la

prohibition des accords; en d'autres termes, les autorités antimonopole en Fédération de Russie peuvent prohiber des accords si elles constatent qu'ils ont ou risquent d'avoir pour conséquence de restreindre notablement la concurrence.

31. La législation australienne interdit la plupart des accords de fixation des prix, le boycottage et certaines formes de relations d'exclusivité.

a) Accords fixant les prix ou autres conditions de vente, y compris dans le commerce international.

32. L'Ensemble de principes et de règles, au paragraphe 3 a) de la section D, proscriit «les accords fixant les prix à l'exportation et à l'importation».

33. La fixation collusoire des prix est l'une des pratiques les plus courantes et, qu'elle porte sur des biens ou sur des services, elle est considérée comme une violation a priori dans de nombreux pays⁶⁶. Aux États-Unis, la Cour suprême a limité l'infraction a priori contre les prix imposés à une réglementation minimale des prix, à la condition que la réglementation maximale soit réexaminée selon le principe de l'analyse «par la règle de raison» parce qu'elle peut conduire à une baisse des prix. La fixation collusoire des prix peut intervenir à n'importe quel stade du circuit de production et de distribution. Elle peut comporter des accords sur les prix des produits primaires, des produits intermédiaires ou des produits finis. Elle peut aussi comporter des accords sur des modalités particulières de calcul du prix, notamment l'octroi de remises et de rabais, l'établissement de listes de prix et de versions différentes de ces listes, et l'échange de renseignements sur les prix.

34. La fixation concertée des prix peut être une pratique isolée de quelques entreprises ou s'inscrire dans une entente collusoire plus vaste entre entreprises qui réglemente l'ensemble des activités commerciales des membres, portant, par exemple, sur des soumissions collusoires, des accords de partage des marchés et des clientèles, des contingents de vente et de production, etc. De même, les accords fixant les prix ou d'autres conditions de vente interdits en vertu du présent paragraphe peuvent comprendre des accords ayant un effet sur la demande, comme dans le cas des ententes visant à renforcer un pouvoir d'achat.

35. Dans le commerce international, il convient de noter que, si la fixation collusoire des prix de biens ou de services vendus sur le marché intérieur a fait l'objet d'un contrôle rigoureux aux termes de la législation sur les pratiques commerciales restrictives, la fixation collusoire des prix à l'exportation, en revanche, a été, dans l'ensemble, admise, au motif qu'elle ne se répercute pas sur le marché intérieur. Dans certains pays, la législation exempte expressément de l'interdiction les cartels d'exportation, à condition qu'ils soient notifiés et enregistrés et ne portent pas préjudice au marché intérieur. Tel est le cas, par exemple, au Pérou et aux États-Unis. La participation d'industries nationales à des cartels internationaux est interdite par la législation des États-Unis et d'autres pays^{67, 68}.

b) Soumissions collusoires⁶⁹;

36. La soumission collusoire est foncièrement anticoncurrentielle, puisqu'elle va à l'encontre de l'objet même de l'appel d'offres, qui est de procurer des biens ou des services aux prix et conditions les plus favorables. Elle peut prendre des formes diverses: accords pour soumettre des offres identiques, accords quant au soumissionnaire qui présentera l'offre la plus basse, accords pour la soumission d'offres de couverture (offres délibérément gonflées), engagement de ne pas soumissionner en concurrence, accords sur des modalités communes de calcul des prix ou sur des conditions d'offres, accords pour évincer les soumissionnaires extérieurs, accords désignant d'avance les bénéficiaires de l'adjudication selon un tour de rôle ou selon une répartition des marchés par zones géographiques ou par clients, etc. Ce type d'accord peut prévoir, au profit des soumissionnaires qui ne seront pas retenus, un mécanisme de compensation fondé sur un pourcentage des bénéfices réalisés par les adjudicataires, qui sera divisé, au bout d'un certain temps, entre les soumissionnaires dont l'offre n'aura pas été retenue.

37. La soumission collusoire est illégale dans la plupart des pays. Même les pays qui ne possèdent pas de législation spécifique sur les pratiques commerciales restrictives ont souvent une législation spéciale sur les appels d'offres. La plupart des pays traitent la soumission collusoire plus sévèrement que les autres arrangements horizontaux en raison de ses aspects frauduleux, particulièrement de ses effets négatifs sur les

achats de l'État et les dépenses publiques. En République populaire de Chine, cette soumission sera réputée nulle et de nul effet et, selon les circonstances, une amende sera infligée. Au Kenya, par exemple, la soumission collusoire est considérée comme une infraction pénale passible d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à trois ans, quand deux personnes ou plus soumissionnent pour la vente ou l'achat de biens ou services à un prix ou à des conditions arrêtés ou convenus entre elles, exception faite des soumissions en association communiquées à ceux qui ont lancé l'appel d'offres et acceptables pour eux. En Hongrie, le truquage de marchés publics ou de concessions est qualifié, selon le montant du contrat, d'infraction pénale mineure ou grave punissable d'une peine d'emprisonnement de deux ou cinq ans respectivement⁷⁰. En Suède, la loi sur la concurrence ne renferme pas de dispositions particulières concernant les soumissions collusoires. Ce genre de coopération horizontale tombe sous le coup de l'interdiction générale qui frappe les accords anticoncurrentiels ou les pratiques concertées.

c) Répartition des marchés ou de la clientèle;

38. Les arrangements de répartition des marchés et de la clientèle comportent l'attribution à telle ou telle entreprise de tel ou tel client ou marché pour les produits ou services considérés. Ils sont destinés notamment à renforcer ou à préserver certains schémas particuliers d'échanges commerciaux, les entreprises concurrentes renonçant précisément à se disputer les clients ou les marchés. Ces arrangements peuvent ne porter que sur une gamme de produits déterminée ou sur un type particulier de clients.

39. Les arrangements de répartition de la clientèle se rencontrent aussi bien dans le commerce intérieur que dans le commerce international; dans ce dernier cas, ils comportent souvent des divisions du marché international selon des critères géographiques, qui correspondent à des relations préétablies de fournisseur à acheteur. Les entreprises qui y participent conviennent presque toujours de ne pas se concurrencer sur leur marché national. En outre, des arrangements de répartition des marchés peuvent être conçus expressément à cette fin.

d) Restrictions à la production ou aux ventes, notamment au moyen de contingents;

40. Les arrangements de partage des marchés peuvent aussi reposer sur une répartition quantitative et non sur celle des territoires ou des clients. Ce type de restriction est fréquent dans les secteurs où il existe une capacité en excédent ou lorsqu'il s'agit de faire monter les prix. Dans ces formules, les entreprises conviennent souvent de limiter les approvisionnements à une certaine proportion de leurs ventes antérieures et, en application de leur accord, créent souvent une caisse commune à laquelle celles qui dépassent leur contingent sont tenues de cotiser pour indemniser celles qui ne vendent pas la totalité de leur contingent.

- e) Refus concerté d'achat;
- f) Refus concerté d'approvisionnement;

41. Le refus concerté d'acheter ou d'approvisionner, ou la menace de ce refus, est l'un des moyens les plus couramment employés pour contraindre les entreprises qui ne sont pas membres d'un groupe à adopter l'attitude voulue. Les boycottages collectifs peuvent être horizontaux (les concurrents conviennent entre eux de ne pas vendre à certains clients ou de ne pas acheter à certaines sources), ou verticaux (accords entre des parties situées à des stades différents du circuit de production et de distribution, qui conviennent de refuser de traiter avec un tiers, en général un concurrent de l'une d'elles). Pour une étude succincte du traitement des restrictions verticales dans le droit et la politique de la concurrence, voir l'encadré 5. Les restrictions verticales peuvent aussi être analysées par rapport à la position d'une entreprise sur le marché.

Encadré 5

Restrictions verticales et droit et politique de la concurrence

La notion de restrictions verticales s'applique à certaines catégories de pratiques qui ont trait à la revente de produits par des fabricants ou des fournisseurs et sont donc énoncées dans des accords entre des opérateurs dans une branche commerciale située à différentes phases de la chaîne de la valeur ajoutée. Elles comprennent la fixation de prix de revente, les relations d'exclusivité et les restrictions concernant les marchés réservés ou d'exclusivité territoriale (géographique) imposées aux distributeurs. Si la pratique de fixation de prix de revente est restée très controversée chez les économistes, les pratiques d'exclusivité soulèvent moins de problèmes.

- La fixation de prix de revente. Cette pratique est essentiellement énoncée dans un accord entre détaillants, imposé par les producteurs, de ne pas se faire concurrence sur les prix (en créant ainsi un «réseau»). D'une manière générale, la fixation de prix de revente s'applique à la fixation de prix *de détail* par le fabricant d'origine ou le fournisseur. Elle est souvent dénommée par euphémisme «concurrence loyale» en Amérique du Nord ou en Europe. Dans certains cas, un fournisseur peut exercer un contrôle sur le marché du produit. Dans les marchés concentrés (par exemple lorsqu'il y a un petit nombre de «réseaux» offrant le même type de biens de différentes marques) ou lorsqu'il existe une position de force sur le marché (lorsqu'il n'y a pas de concurrence entre les marques, comme c'est fréquemment le cas dans les pays en développement), l'Administration de la concurrence devrait demander des justifications détaillées, fondées sur des motifs d'efficacité, aux producteurs qui souhaitent fixer des prix de détail ou essaient de supprimer des barrières réglementaires en empêchant l'accès de nouveaux opérateurs. La fixation de prix de revente est un domaine où les politiques de la concurrence dans les marchés fonctionnant bien et concurrentiels et les marchés en développement peuvent varier fortement.
- Les relations d'exclusivité. Cette pratique est énoncée dans un accord entre un fabricant qui offre un contrat de vente à condition que l'acheteur accepte de ne pas avoir de relations commerciales concernant les biens d'un concurrent. La restriction imposée porte sur le choix des acheteurs ou des fournisseurs de l'entreprise.

- Les restrictions concernant les marchés réservés ou d'exclusivité territoriale. Cette pratique est énoncée dans un accord dans le cadre duquel un fabricant impose l'obligation aux détaillants de ne se faire concurrence que sur la distribution de ses produits.
- Les accords de vente liée. Il s'agit d'accords dans le cadre desquels un fabricant impose la source d'approvisionnement de certains produits intermédiaires utilisés par les détaillants. En vertu du droit américain, un accord de vente liée est défini comme «un accord dans le cadre duquel une partie vend un produit donné mais seulement à la condition que l'acheteur, qui achète un produit différent (ou lié), ne l'achète pas à un autre fournisseur».
- Dans de nombreuses juridictions, les restrictions verticales sont analysées sur la base du caractère raisonnable, compte tenu du fait que de telles restrictions ne sont pas toujours préjudiciables et peuvent, en réalité, être avantageuses dans des conditions particulières de la structure du marché. L'Administration de la concurrence s'oppose rarement aux restrictions verticales hors prix.

42. Les boycottages sont réputés illégaux dans un certain nombre de pays, en particulier lorsqu'ils visent à faire respecter d'autres arrangements portant, par exemple, sur le prix de revente uniforme et sur l'exclusivité des échanges mutuels. Ainsi, les boycottages ou listes d'exclusion pour le respect des conditions concernant l'observation d'un prix de revente sont interdits au Royaume-Uni.

Aux États-Unis, la Cour suprême a jugé, dans l'affaire *Northwest Wholesale Stationers, Inc c. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985), que tous les refus concertés horizontaux de commercer relèvent d'un traitement a priori. Le défendeur, une coopérative d'achat, avait exclu un membre sans fournir d'explication au moment de l'expulsion ni prévoir de moyen de procédure permettant de contester celle-ci. La Cour a estimé que ces coopératives sont conçues, en règle générale, pour accroître l'efficacité économique et a jugé que, sauf à ce que la coopérative exerçât une position de force sur le marché ou bénéficiât d'une exclusivité d'accès à «un élément essentiel pour une concurrence effective», l'expulsion de ce membre devait être analysée sur la base du caractère raisonnable et, par conséquent, pouvait bien être considérée comme légale. Par contre, dans l'affaire *FTC c. Superior Court Trials Lawyers Ass's*, 493 U.S. 411 (1990), la Cour suprême a jugé qu'un boycottage collectif visant à peser sur le prix payé pour les services des membres du groupe en question était a priori illégal quelle que soit la position de force des participants sur le marché.

43. Le refus concerté d'approvisionner un acheteur, qu'il s'agisse d'un acheteur du marché

national ou d'un importateur, est également un refus de vendre. Les refus d'approvisionner des importateurs virtuels sont souvent la conséquence d'arrangements de répartition de la clientèle par lesquels les fournisseurs conviennent de ne vendre qu'à des acheteurs désignés. Ils peuvent résulter aussi d'arrangements verticaux collectifs entre acheteurs et vendeurs, y compris importateurs et exportateurs.

44. La Commission européenne applique une politique systématique concernant les importations et les exportations «parallèles». Elle considère notamment qu'en dépit des accords de distribution exclusive (qui peuvent être acceptés pour des raisons de rationalisation), le commerce parallèle doit toujours être autorisé, car il constitue la seule garantie contre la compartimentation des marchés des États membres et l'application de politiques de prix discriminatoires. Les règles d'exemption applicables aux accords d'exclusivité figurant dans le règlement CEE n° 1983/83 interdisent expressément toutes restrictions aux importations parallèles et prévoient également que tout distributeur exclusif est responsable des pertes provenant d'un client à l'extérieur de son territoire⁷¹.

g) Refus collectif d'admission à la qualité de partie à un arrangement, ou de membre d'une association, d'une importance décisive pour la concurrence.

45. L'appartenance à des associations professionnelles et commerciales est fréquente dans la production et la vente des biens et services. Ces associations ont généralement certaines règles d'admission et, dans des circonstances normales,

quiconque répond aux conditions peut adhérer. Toutefois, les règles d'admission peuvent être rédigées de manière à exclure certains concurrents éventuels, soit en établissant une discrimination à leur égard, soit en appliquant une sorte de «monopole syndical»⁷². Néanmoins, selon un jugement rendu aux États-Unis, des préoccupations professionnelles valables peuvent justifier, dans des cas individuels, le refus d'admission à des associations professionnelles⁷³.

46. Le refus collectif de l'adhésion à un arrangement peut prendre aussi la forme du refus de l'accès à un moyen nécessaire pour soutenir efficacement la concurrence sur le marché⁷⁴.

II. *Autorisation ou dérogation*

Les pratiques relevant de la section I, quand elles sont dûment notifiées à l'avance et quand elles sont le fait d'entreprises exposées à une concurrence effective, peuvent être autorisées lorsque les responsables de l'application des lois sur la concurrence établissent que l'accord, dans son ensemble, servira l'intérêt public.

47. La section II du projet d'article 3 traite de l'autorisation, moyen de doter les autorités nationales de pouvoirs discrétionnaires pour apprécier les intérêts nationaux par rapport aux effets de certaines pratiques restrictives sur le commerce ou le développement économique. Les entreprises désireuses de conclure des accords ou des arrangements restrictifs du type visé à la section I seraient donc tenues d'aviser l'autorité nationale de tous les faits concernant l'accord pour obtenir une autorisation selon la procédure prévue à l'article 6. Il est à noter que la politique selon laquelle les autorités chargées des questions de concurrence peuvent autoriser les entreprises à suivre certains comportements si elles décident que ces comportements produisent «un avantage public net» s'oppose à la politique selon laquelle les autorités autorisent des pratiques qui «ne causent pas de préjudice public». Prouver qu'il y a «un avantage public net» risque d'imposer une charge injustifiée de la preuve et de conduire à une interdiction de pratiques favorables à la concurrence⁷⁵. Quelle que soit la politique suivie, il doit y avoir transparence des procédures d'autorisation.

48. Dans la Communauté européenne, par exemple, le Traité de Rome, au paragraphe 1 de

son article 81, déclare «incompatibles avec le Marché commun et interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun». L'interdiction n'est toutefois pas absolue puisque, selon le paragraphe 3 du même article, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables si ces accords ou décisions contribuent à «améliorer la production ou la distribution des produits, ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte», sans:

a) Imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;

b) Donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

49. La Commission européenne et la Cour de justice des Communautés européennes sont néanmoins généralement peu enclines à autoriser des accords qui relèvent des catégories visées au paragraphe 1 de l'article 81 du Traité de Rome, plus particulièrement pour ce qui est de la répartition des marchés et de la fixation concertée des prix⁷⁶.

50. De nombreuses législations – Allemagne, Italie et Venezuela, pour ne donner que quelques exemples – prévoient des possibilités d'autorisation, dans certaines circonstances et pour une durée limitée, notamment des cartels de crise (dénommés «cartels de dépression» au Japon et en Espagne) et des cartels de rationalisation⁷⁷. Il y a, toutefois, certaines exceptions, car si la loi n'autorise l'octroi d'aucun monopole pour l'exercice d'activités économiques, telles que les activités minières, industrielles, commerciales ou de services, à des particuliers, elle prévoit bel et bien que le monopole de ces activités soit réservé, seulement par la voie législative, à certaines institutions. L'autre exception est fondée sur «l'intérêt national», c'est-à-dire que l'exécution et la protection des actes ou contrats mentionnés dans les articles précédents peuvent être autorisées par un décret suprême fondé sur un rapport

antérieur favorable de la Commission de décision (le Tribunal de la concurrence) et à condition qu'elles soient nécessaires à la stabilité ou au développement des investissements nationaux et consistent d'actes ou de contrats auxquels n'importe laquelle des institutions mentionnées à l'article 4 2) est partie. La législation colombienne cite le cas d'accords de recherche-développement, l'application de la législation sur les normes, les procédures, méthodes et systèmes relatifs à l'emploi d'installations communes⁷⁸. En Italie, l'administration chargée de la concurrence peut autoriser, pour une durée limitée, des accords ou des catégories d'accords interdits en vertu de l'article sur les accords restreignant la libre concurrence, qui ont pour effet d'améliorer les conditions de l'approvisionnement du marché, entraînant ainsi des avantages substantiels pour les consommateurs. La détermination de ces avantages doit tenir compte de la nécessité de garantir aux entreprises le niveau nécessaire de compétitivité au plan international, lesdits avantages devant être liés, par ailleurs, à des augmentations de production, des améliorations de la qualité de la production ou de la distribution, ou à des progrès techniques ou technologiques. La législation hongroise prévoit une dérogation pour les accords qui contribuent à rationaliser l'organisation de la production ou de la distribution, à promouvoir le progrès technique, ou à améliorer la compétitivité ou la protection de l'environnement à condition qu'ils réservent aux consommateurs une part équitable du profit en résultant; que leurs dispositions ne soient pas plus restrictives qu'il n'est nécessaire pour atteindre des buts communs justifiés d'un point de vue économique, et qu'ils ne donnent pas la possibilité d'éliminer la concurrence pour une part substantielle des produits en cause⁷⁹. La loi indienne de 2002 sur la concurrence autorise le gouvernement central à exempter, par notification, de l'application de la loi, ou de toute disposition de celle-ci, et pour la durée spécifiée dans la notification, toute catégorie d'entreprise s'il y va de la sécurité de l'État ou de l'intérêt public; toute pratique ou tout accord découlant d'une obligation, ou conforme à une obligation, imposée à l'Inde par un traité, un accord ou une convention avec tout autre ou tous autres pays; et toute entreprise qui exerce une fonction souveraine au nom du gouvernement central ou du gouvernement d'un État, à condition que, dans le cas où une entreprise exerce une activité qui relève en partie de la souveraineté du

gouvernement, le gouvernement central puisse n'accorder une dérogation que pour la partie qui relève des fonctions souveraines (art. 54 de la loi). La loi lituanienne prévoit des dérogations pour les accords qui promeuvent les investissements, le progrès technique et économique ou entraînent une amélioration de la distribution des produits, permettant ainsi à tous les consommateurs de bénéficier d'avantages supplémentaires, également lorsque l'accord n'impose pas à l'activité des parties des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs définis et que l'accord ne donne pas aux parties contractantes la possibilité de réduire la concurrence pour une part importante du marché considéré⁸⁰.

En Fédération de Russie, ces accords sont licites s'il est prouvé que leurs effets positifs, y compris en matière socioéconomique, l'emporteront sur les effets négatifs pour les biens considérés⁸¹. La législation en Slovaquie contient des dispositions qui autorisent des exemptions automatiques à l'interdiction des accords restrictifs. Dans ce pays, si de tels accords satisfont aux critères stipulés par la loi, ils ne peuvent être interdits. La loi n'exige pas de notification de ces accords. Toutefois, le Bureau antimonopole a le pouvoir de demander aux entreprises de prouver que leur accord restreignant la concurrence est conforme aux termes de la loi. L'amendement à la loi sur la protection de la concurrence (loi n° 204/2004 Coll.), conformément au Règlement n° 1/2003 du Conseil de l'UE, prévoit un nouveau système d'évaluation des accords restreignant la concurrence, qui repose sur le fait que les entreprises évaluent elles-mêmes de manière indépendante si elles satisfont ou non aux critères énoncés dans l'article, aux conditions liées à la règle de minimis ou conditions relevant des exemptions globales pour la catégorie pertinente des accords restreignant la concurrence. Le système des autorisations individuelles et celui des approbations négatives ont été supprimés... De même, en Turquie, il a été mis fin à la notification obligatoire des accords, des pratiques concertées ou des décisions relevant de l'article 4 de la loi sur la protection de la concurrence. Il n'est plus nécessaire de le faire pour bénéficier des dérogations que prévoit cet article; le Conseil de la concurrence peut prendre en compte les conditions d'exemption d'office s'il a connaissance de la transaction et peut accorder des dérogations pour une période déterminée (qui n'est plus fixée à cinq

ans comme cela était le cas auparavant). En Autriche, le système national de notification des ententes a été supprimé et un système d'exceptions prévues par la loi a été mis en œuvre; sous certaines conditions, les ententes dérogent à l'interdiction générale des pratiques restrictives, conformément à l'article 81 3) du Traité de Rome. Il est encore possible de promulguer des règlements d'exemption globale, mais ceux-ci ne revêtent qu'un caractère déclaratif, en précisant ce qui est de toute façon autorisé par la loi. Par ailleurs, la réglementation algérienne⁸² prévoit, à titre préventif et pédagogique, une nouvelle procédure (détaillée dans le décret n° 05-175 du 12 mai 2005) par laquelle les entreprises peuvent demander au Conseil de la concurrence de vérifier

si leurs pratiques ou accords prévus sont conformes à la loi, auquel cas le Conseil délivre une «attestation négative». De manière plus informelle et générale, la loi norvégienne sur la concurrence (art. 9) stipule que l'Autorité de la concurrence donne des avis aux entreprises concernant l'interprétation de la loi et son application dans des affaires concrètes. Pour des exemples d'accords pouvant ne pas être soumis aux interdictions prévues par les lois sur la concurrence, voir l'encadré 6. Pour des exemples d'accords devant faire l'objet d'exemptions individuelles pour ne pas être soumis aux interdictions prévues par les lois sur la concurrence, voir l'encadré 7.

Encadré 6

Les interdictions prévues par les lois sur la concurrence peuvent ne pas s'appliquer à certains accords

Des lois, des réglementations ou des dispositions fondées sur le critère du caractère raisonnable peuvent aisément prévoir que les interdictions ne sont pas applicables à ces accords car ils contribuent au développement économique et à l'efficacité du marché. Au sein de l'UE, la plupart de ces accords sont «des exemptions par catégorie»:

- Accords de distribution exclusive;
- Accords d'achat exclusif;
- Accords de concession de brevet;
- Accords de distribution et d'entretien et de révision de véhicules automobiles;
- Accords de spécialisation;
- Accords de coopération en matière de recherche et de développement;
- Accords de franchisage;
- Accords de transfert de technologie;
- Certains types d'accord dans le secteur de l'assurance.

Sources: OCDE et Commission européenne.

Encadré 7

Accords devant faire l'objet d'une exemption individuelle

Certains accords doivent être examinés sur la base des critères de la structure du marché. En tant que tels, des accords doivent faire l'objet d'une exemption individuelle accordée par décision administrative après l'application du critère du caractère raisonnable. Il s'agit des accords suivants:

- La plupart des types d'accord de coentreprise qui ne relèvent pas de l'exemption globale dans le domaine de la recherche et du développement et qui ne sont pas assimilés à des fusions;
- La plupart des licences exclusives de propriété industrielle qui ne relèvent pas des exemptions globales concernant le transfert de technologie;
- Les accords de restructuration ou «cartels de crise»;
- Les accords instituant des organismes de vente ou d'achat communs;
- Les accords d'information;
- Les accords instituant les règles d'une association commerciale;
- Les accords ou les décisions établissant des foires commerciales.

51. De plus, certains secteurs de l'économie peuvent être exonérés de l'application de la loi, par exemple la banque et les services publics, dont les transports et communications, l'approvisionnement en eau, en gaz, en électricité et en combustible, ces activités étant régies par d'autres lois ou organismes de réglementation. En d'autres termes, l'exonération découle d'une législation spécifique. Ces exceptions sectorielles pourraient relever d'une clause d'exemption au titre du champ d'application. Depuis quelques années, cependant, avec la tendance croissante à la «déréglementation», de nombreux pays ont amendé leur législation pour en étendre la portée à des secteurs qui en étaient jusque-là exemptés. Au Royaume-Uni, par exemple, même les services publics tombent sous le coup de la loi sur la concurrence et font régulièrement l'objet d'enquêtes. Il en va de même avec la Commission européenne qui, depuis trente ans maintenant, applique ses règles en matière de concurrence aux entreprises publiques et aux monopoles d'État à caractère commercial. Pour une analyse de l'interaction entre la loi et la réglementation en matière de concurrence, voir l'encadré 3 ci-dessus.

52. Il convient de noter que les législations fondées sur le principe de l'interdiction a priori (celles des États-Unis en général) n'envisagent aucune possibilité d'exception ou d'autorisation, et

n'ont donc pas de régime de notification pour les pratiques commerciales restrictives horizontales. Pour ce qui est de l'application du principe de l'interdiction a priori aux États-Unis, elle est limitée à une petite catégorie de pratiques commerciales restrictives considérées comme des restrictions «non couvertes», ou à celles qui ne peuvent pas être raisonnablement considérées comme étant liées aux opérations commerciales d'une entreprise. Même les accords horizontaux sur les prix peuvent être considérés comme «couverts» et passibles d'une analyse sur la base du caractère raisonnable s'ils sont fondés sur un principe d'amélioration de l'efficacité ou favorables à la concurrence; à titre d'exemple, la restriction est nécessaire pour assurer la production d'un nouveau produit⁸³. Alors que la législation des États-Unis n'habilite pas les organes antitrust à autoriser un comportement contraire à la loi, il existe quantité d'exceptions légales et jurisprudentielles aux lois antitrust des États-Unis. En Arménie, les accords anticoncurrentiels sont définis comme étant «des contrats et des accords passés entre des entités économiques ou leurs pratiques concertées ... qui pourraient aboutir à la restriction, la prévention, l'interdiction de la concurrence. Au Chili, le décret-loi n° 211 énonce, de manière *indicative* les actes et contrats qui sont contraires à la libre concurrence (voir art. 2). L'alinéa *f* de l'article 2 pose un principe non limitatif en disposant que «eu égard

aux effets prévus dans l'article précédent, les éléments suivants seront considérés, entre autres, comme des faits, des actes ou des accords tendant à faire obstacle à la libre concurrence: (...) D'une manière générale, toute autre mesure tendant à éliminer, restreindre ou gêner le jeu de la libre concurrence». De même, la jurisprudence des organes antimonopole considère la concurrence déloyale comme un comportement contraire au jeu de la concurrence. Dans la CE, les accords restrictifs en matière de concurrence aux termes de l'article 81 1) CE ne sont automatiquement nuls et de nul effet que lorsqu'ils ne font pas l'objet d'une exemption en vertu de l'article 81 3) CE. Les seuls accords qui sont interdits sont ceux qui sont restrictifs de la concurrence aux termes de l'article 81 3). Toutefois, dans l'application de la règle n° 17, qui est toujours en vigueur, la Commission européenne a compétence exclusive pour décider (sur notification de l'accord à elle adressée) que la dérogation prévue par l'article 81 3) peut être accordée, ce qui veut dire que, selon le système actuel d'application, un juge national chargé d'apprécier la validité d'un accord restrictif de la concurrence aux termes de l'article 81 1) n'a d'autre choix que de la déclarer nulle et de nul effet, sauf a) si la Commission européenne a accordé une dérogation en vertu de l'article 81 3) ou b) si cet accord a fait l'objet d'une demande de dérogation auprès de la Commission et que cette dernière n'a pas encore donné sa réponse (auquel cas le juge national suspend en principe la procédure jusqu'à ce qu'elle le fasse). Selon le nouveau règlement d'application 1/2003, qui entrera en vigueur le 1^{er} mai 2004, la Commission européenne n'aura plus compétence exclusive pour décider d'une dérogation en vertu de l'article 81 3). Au lieu de cela, cette disposition deviendra directement applicable, de sorte qu'un juge national qui évalue un accord et conclut qu'il restreint la concurrence aux termes de l'article 81 1) pourra et devra aller plus loin, et apprécier si les conditions de dérogation prévues par l'article 81 3) sont remplies. Selon la conclusion à laquelle il aura abouti, il décidera, soit que l'accord est nul et de nul effet, soit qu'il ne l'est pas en vertu de l'article 81⁸⁴. En Tunisie, «les actions concertées et les accords formels ou tacites visant à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence sur le marché sont interdits s'ils tendent à:

1) Créer un obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de l'offre et de la demande;

2) Limiter l'accès au marché à d'autres entreprises ou le libre exercice de la concurrence;

3) Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou les progrès techniques;

4) Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement».

Les contrats de concession et de représentation commerciale exclusive sont interdits, sauf dans des cas exceptionnels autorisés par le ministre chargé du commerce et après avis du Conseil de la concurrence. Sont également interdits l'abus d'une position dominante sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de ce marché ou d'un état de dépendance économique dans lequel un client ou un fournisseur n'a pas le choix de la commercialisation, de l'approvisionnement d'un produit ou de la prestation de services. L'abus d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique peut consister en particulier à refuser de vendre ou d'acheter, à procéder à des ventes ou des achats liés, à imposer des prix minimaux en vue d'une revente, ou des conditions de vente discriminatoires, ou encore à mettre fin à des relations commerciales sans raison valable ou pour la seule raison que le partenaire commercial refuse de se soumettre à des conditions injustifiées⁸⁵. La loi algérienne sur la concurrence, outre qu'elle interdit les restrictions horizontales et verticales et les abus de position dominante selon des critères analogues à ceux de la législation de l'UE, interdit expressément l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique (art. 11), la constitution de monopoles par le biais de contrats d'achat exclusif (art. 10) et les pratiques de prix de vente abusivement bas (art. 12). Toutefois, il n'est pas prévu d'exemption lorsque les pratiques ou accords restrictifs découlent de la législation.

En Ukraine, les accords conclus, quelle que soit leur forme, par des entités économiques, les prises de décisions, quelle que soit leur forme, par les associations et tout autre comportement concurrentiel concerté (actif ou non actif) d'entités économiques, doivent être considérés comme des actions concertées. L'établissement d'une entité économique destinée ou conduisant à coordonner un comportement concurrentiel entre des entités économiques ou entre ces entités et l'entité économique nouvellement créée doit également être considéré comme une action concertée. En

Zambie, les accords ou arrangements restrictifs (mentionnés dans la loi comme étant des pratiques commerciales anticoncurrentielles) sont énumérés dans les articles 7, 8, 9 et 10. Toutefois, une description globale, à caractère général, de tous les comportements de ce genre figure dans l'article 7 1) qui indique que «toutes les catégories d'accords, décisions et pratiques concertés qui ont pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser dans une grande mesure la concurrence en Zambie ou dans toute partie importante du pays, sont déclarées être des pratiques commerciales anticoncurrentielles et sont, par conséquent, interdites. En outre, en vertu de la législation zambienne (art. 9), les entreprises qui ont, sur le marché, des activités rivales ou virtuellement telles, et qui passent des accords (officiels, non officiels, écrits ou non écrits) limitant l'accès au marché ou restreignant indûment la concurrence de toute autre manière, commettent une infraction. Néanmoins, cela ne s'applique pas aux entreprises qui sont sous contrôle commun et, par conséquent, ne peuvent agir indépendamment des unes des autres. En Estonie, l'autorisation peut être donnée dans les cas où l'accord, la pratique concertée ou la décision prise par une association d'entreprises, qui tombe sous le coup d'une interdiction générale:

- 1) Contribue à améliorer la production ou la distribution de produits (ou de services) ou à promouvoir les progrès techniques ou économiques ou à protéger l'environnement, tout en réservant aux consommateurs une part équitable des profits qui en résultent;
- 2) N'impose pas aux entreprises qui passent l'accord, se livrent à des pratiques concertées ou prennent la décision des restrictions qui ne sont indispensables pour atteindre les objectifs précisés au paragraphe précédent;
- 3) Ne donne pas aux entreprises qui passent l'accord, se livrent à des pratiques concertées ou prennent la décision, la possibilité de tuer la concurrence sur une partie importante du marché considéré (loi estonienne sur la concurrence, art. 6). L'Estonie a mis en pratique les mêmes dérogations globales que les États-Unis.

Dans l'UE, depuis 2000, une nouvelle exemption globale, à caractère général, est appliquée à tous les accords relatifs à l'approvisionnement et à la distribution. Ce règlement, d'une part, permet de faire bénéficier d'une dérogation

allant jusqu'à un seuil de 30 % de part du marché les accords qui peuvent être considérés comme améliorant l'efficacité. D'autre part, un certain nombre de restrictions intouchables sont exclues de la dérogation, notamment afin d'assurer aux distributeurs la liberté de fixer leurs prix, de faire en sorte que le commerce parallèle ait sa place et qu'en fin de compte les consommateurs puissent acheter les produits où ils veulent.

Dans l'UE, certaines de ces pratiques sont soumises à ce qu'on appelle des «règlements d'exemption globale» (et non d'«exemptions catégorielles»). Le Règlement de la Commission (CE) n° 2790/1999 du 22 décembre 1999⁸⁶ revêt, en l'occurrence, une importance particulière. En Afrique du Sud, l'article 10 3) b) de la loi de 1998 sur la concurrence prévoit des motifs d'intérêt public pour lesquels une exemption peut être accordée, mais qui sont limités à quatre seulement. En Tunisie, les accords et les pratiques ne sont pas considérés comme étant anticoncurrentiels si leurs auteurs peuvent démontrer qu'ils ont pour effet de promouvoir les progrès techniques et économiques et qu'ils réservent aux utilisateurs une part équitable des profits qui en résultent. Ces pratiques sont soumises à l'autorisation du ministre chargé du commerce, après avis du Conseil de la concurrence. En Ukraine, la loi sur la concurrence comporte une exception qui a trait spécifiquement aux petites et moyennes entreprises: «L'article 6 de la présente loi ne s'applique pas aux actions volontaires concertées des petites et moyennes entreprises concernant l'achat groupé de produits qui n'entraînent pas une restriction substantielle de la concurrence et qui, par ailleurs, améliorent leur compétitivité.» (art. 7). En outre, l'article 10 dispose que «des actions concertées prévues par l'article 6 de la loi peuvent être autorisées par les organes concernés du Comité» antimonopole de l'Ukraine si ceux qui y participent peuvent prouver que lesdites actions facilitent:

- 1) L'amélioration de la production, de l'achat ou de la vente d'un produit;
- 2) Le développement technique, technologique et économique;
- 3) Le développement des petites et moyennes entreprises;
- 4) L'optimisation de l'exportation ou de l'importation des produits;

5) L'élaboration et l'application de conditions techniques unifiées; ou

6) La mise en place de normes pour les produits; la rationalisation de la production.

En Zambie, la loi reconnaît que certains objectifs de la société ne peuvent pas toujours être atteints grâce à l'opération des marchés concurrentiels. Les procédures d'adjudication (autorisation et notification), en vertu de la loi, prévoient qu'un avis favorable peut être donné à un comportement dont on peut démontrer que les profits publics qu'il entraîne font plus que compenser tout préjudice causé au jeu de la concurrence.

CHAPITRE IV

Actes ou comportements constituant un abus de position dominante sur le marché

I. Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché

Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché:

i) Lorsqu'une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou groupe de biens ou services;

ii) Lorsque les actes ou le comportement d'une entreprise en position dominante limitent l'accès au marché considéré ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant ou risquant d'avoir des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique.

II. Actes ou comportements réputés abusifs

a) Comportement prédateur à l'égard des concurrents, comme pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents;

b) Fixation de prix ou de modalités ou conditions discriminatoires (c'est-à-dire différenciés de façon injustifiable) pour la fourniture ou l'achat de biens ou de services, y compris au moyen de politiques de fixation des prix pour les transactions entre entreprises affiliées qui font payer au-dessus ou au-dessous du prix normal les biens ou services achetés ou fournis par rapport aux prix appliqués à

des transactions similaires ou comparables en dehors des entreprises affiliées;

c) Fixation des prix auxquels des marchandises peuvent être revendues, y compris les marchandises importées ou exportées;

d) Restrictions à l'importation de biens légitimement désignés à l'étranger par une marque de commerce ou de fabrique identique ou similaire à la marque de commerce ou de fabrique protégée dans le pays importateur pour des biens identiques ou similaires, quand les marques en question sont de même origine, c'est-à-dire appartiennent au même propriétaire, ou sont utilisées par des entreprises entre lesquelles il y a une interdépendance économique, organique, administrative ou juridique, et que le but de ces restrictions est de maintenir des prix artificiellement élevés;

e) Quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la qualité, la sécurité, une distribution ou un service satisfaisant:

i) Refus partiel ou complet de traiter aux conditions commerciales habituelles de l'entreprise;

ii) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'acceptation de restrictions concernant la distribution ou la fabrication de biens concurrents ou autres;

iii) Imposer des restrictions à la revente ou à l'exportation des biens fournis ou d'autres biens quant au lieu ou à la personne du destinataire, ou quant à la forme ou au volume de ces biens;

iv) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'achat d'autres biens ou services auprès du fournisseur ou de la personne désignée par lui.

III. Autorisation ou dérogation

Les actes, pratiques ou opérations qui ne sont pas strictement interdits par la loi peuvent être autorisés ou faire l'objet d'une dérogation s'ils sont notifiés conformément aux dispositions de l'article 7, avant d'être réalisés, si les autorités compétentes sont informées avec exactitude de tous les faits pertinents, si les parties lésées ont la possibilité d'être entendues et s'il est ensuite déterminé que la conduite envisagée, telle qu'elle a été au besoin modifiée ou réglementée, est compatible avec les objectifs de la loi.

**COMMENTAIRES DU CHAPITRE IV ET
FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES
DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES**

*Actes ou comportements constituant un abus
de position dominante sur le marché*

*I. Interdiction d'actes ou comportements
entraînant l'abus d'une position dominante sur le
marché*

Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus d'une position dominante sur le marché:

- i) Lorsqu'une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou groupe de biens ou services;
- ii) Lorsque les actes ou comportements d'une entreprise en position dominante limitent l'accès au marché considéré ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant ou risquant d'avoir des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique.

53. Les éléments de cet article sont fondés sur le paragraphe de la section D de l'Ensemble de principes et de règles et, comme pour la section I, la doctrine suivie généralement a été celle de l'interdiction de principe lorsque les conditions visées en i) et ii) existent. Cette situation exigera un examen cas par cas pour établir si les actes ou le comportement d'une entreprise entraînent l'abus d'une position dominante sur un marché. Pour une description des motifs d'interdiction de l'abus d'une position dominante sur le marché, voir l'encadré 8.

54. Le concept de position dominante et son utilisation dans la pratique peuvent ne pas être nécessairement identiques pour les cas de fusion et les cas d'abus. En effet, le contrôle des fusions est fondé sur une analyse prospective, tandis que les cas d'abus sont appréciés sur la base des pratiques passées d'une entreprise⁸⁷. Par «position dominante sur le marché», il faut entendre la mesure dans laquelle une entreprise ou des entreprises agissant ensemble, ou formant une entité économique (ou, en d'autres termes, agissant indépendamment des autres opérateurs du marché) dominant ou sont à même de dominer le marché. Le degré de domination peut se mesurer par référence aux parts de marché, au chiffre d'affaires annuel total, au

montant des actifs, au nombre de salariés, etc.; il faudrait, de plus, prendre en considération la capacité d'une ou plusieurs entreprises de faire monter les prix au-dessus (ou de les faire tomber au-dessous) du niveau concurrentiel pendant un laps de temps appréciable. Dans certains pays, la loi précise à partir de quelle part de marché l'entreprise ou le groupe d'entreprises est considéré comme jouissant d'une position dominante ou d'un monopole, et, selon le pays, cette part de marché sert de critère juridictionnel pour entreprendre une enquête ou de critère pour obliger les entreprises à notifier l'autorité compétente. La loi indienne de 2002 sur la concurrence définit la «position dominante» comme une position de force exercée par une entreprise sur le marché considéré, en Inde, et qui lui permet: i) d'opérer indépendamment des forces concurrentielles qui règnent sur le marché considéré; ou ii) peser sur ses concurrents, sur les consommateurs ou sur le marché considéré. La Commission indienne de la concurrence, lorsqu'elle enquête pour savoir si une entreprise occupe ou non une position dominante, tient compte de tous ces facteurs ou de l'un quelconque d'entre eux. En Pologne, aux termes de la loi, une entreprise assurant plus de 40 % des ventes sur un marché est présumée occuper une position dominante⁸⁸. Selon la loi de la République tchèque de 1991, la présomption existe quand la proportion atteint 40 %, ce qui est aussi le cas au Portugal. En République tchèque, à condition que les autres indicateurs, mentionnés dans la loi, ne donnent pas d'indication contraire, un concurrent ou des concurrents qui se partagent la domination mais n'ont pas atteint une part de marché de 40 % à une période donnée sont réputés ne pas avoir une position dominante sur ce marché⁸⁹. La législation de la Mongolie et de l'Ukraine dispose qu'une entité unique agissant seule ou un groupe d'entités économiques agissant de concert est en position dominante quand elle ou il compte invariablement pour plus de 50 % dans l'offre d'une marchandise déterminée ou de marchandises similaires ou de produits ou dans les travaux réalisés et services fournis sur le marché⁹⁰.

En vertu de la loi canadienne, il est possible d'apporter une preuve indirecte d'une position dominante conjointe. Le mot «ensemble», dans le chapitre IV i), suggère une complicité de nature délictueuse, ce qui alourdit la charge de la preuve à apporter. Selon la loi canadienne, cet article va plus loin que les obligations actuelles quant à son champ d'application.

Au Canada, l'article 4 ne prévoit pas les exigences quant aux effets. En effet, on utilise l'expression «unduly restrain competition» au niveau des infractions de nature criminelle et «adverse effect» pour les refus de vendre. Quant à l'abus de position dominante, le test effectué est plus exigeant: il faut plutôt démontrer que la pratique a, a eu, ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence pour les ventes liées.

Dans l'article 4, figurent, en tant qu'abus de position dominante, quelques pratiques commerciales restrictives, telles que le refus de traiter, les accords d'exclusivité, les restrictions commerciales et les ventes liées. Bien que ces pratiques puissent être examinées en vertu des dispositions relatives à l'abus de position dominante de la loi canadienne sur la concurrence (art. 79), ces pratiques restrictives figurent dans des dispositions spécifiques à caractère civil qui exigent qu'il soit satisfait à différents tests importants et pourraient être examinées dans le cadre de ces dispositions qui ne rendraient pas obligatoire de satisfaire au test de concurrence en vertu de la loi canadienne sur la concurrence (art. 79). Dans cette perspective, la preuve de l'abus de position dominante doit reposer sur le fait que le comportement commercial en question a, a eu, ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement le jeu de la concurrence, tandis que, s'il s'agit d'un refus de traiter, il faut établir la preuve qu'une personne est sensiblement gênée, ou empêchée de commercer en raison du fait qu'elle ne peut s'approvisionner de manière adéquate en un produit donné, est disposée à satisfaire aux conditions de vente habituelles au fournisseur, que les stocks du produit en question sont abondants, et que le refus de vendre a ou est susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur le jeu de la concurrence.

55. En outre, l'article 79 de la loi canadienne sur la concurrence traite de la situation dans laquelle une entreprise qui ne contrôlerait pas un marché et ne tomberait pas sous le coup de la loi sur l'abus de position dominante adopterait néanmoins une pratique restrictive demandant à être réprimée. Par ailleurs, pour ce qui est des pratiques de vente liée et d'exclusivité de commercialisation, il convient d'établir que cette pratique est exercée par un fournisseur très important ou s'est étendue à tout un marché et qu'elle est susceptible d'empêcher l'entrée ou l'expansion d'une entreprise, ou les ventes d'un produit, sur ce marché, ou d'avoir

d'autres effets à caractère exclusif, dont celui de faire diminuer ou de pouvoir vraisemblablement faire diminuer de manière sensible le jeu de la concurrence⁹¹.

56. En vertu de la loi lituanienne, la présomption de position dominante est établie lorsqu'une entreprise possède 40 % du marché; de plus, en vertu de la nouvelle loi, il y a présomption de position dominante conjointe si les trois entreprises les plus importantes d'un marché s'approprient ensemble une part de marché de 70 %. Dans le cas de la Fédération de Russie⁹², le chiffre correspondant est de 65 %. «En Allemagne, la législation admet la présomption dans plusieurs hypothèses: une entreprise au moins possède un tiers du marché d'un certain type de biens ou de services commerciaux et a enregistré un chiffre d'affaires d'au moins 250 millions de deutsche mark pendant le dernier exercice terminé; trois entreprises au plus ont une part combinée de marché des deux tiers au moins. La présomption ne s'applique pas aux entreprises qui ont enregistré, au cours du dernier exercice terminé, un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions de deutsche mark⁹³.» Dans le jugement «Akzo», la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que des parts (de marché) extrêmement élevées étaient en elles-mêmes, sauf circonstances exceptionnelles, la seule preuve de l'existence d'une position dominante⁹⁴. En Estonie, une entreprise en position dominante est une entreprise qui représente au moins 40 % du chiffre d'affaires du marché considéré ou dont la position lui permet d'opérer dans ce marché avec une très large indépendance par rapport aux concurrents, aux fournisseurs et aux clients. Les entreprises bénéficiant des droits spéciaux ou de droits d'exclusivité, ou qui contrôlent des services essentiels, sont également réputées être en position dominante.

57. En Zambie, en vertu de l'article 7 2) de la loi, l'abus de position dominante est défini comme étant constitué par des actes ou des comportements qui limitent l'accès au marché ou restreignent indûment de toute manière le jeu de la concurrence, ou qui ont ou sont susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur le commerce ou l'économie en général. D'une manière générale, une entreprise est réputée avoir une position dominante si sa puissance sur le marché lui permet d'échapper à la pression de la concurrence (par exemple pour ce qui est de la fixation des prix et des stratégies de distribution). La part du marché que possède

l'entreprise est un élément important mais non déterminant pour l'évaluation de la position dominante. Il y a peu de chances qu'une entreprise soit en position dominante si sa part de marché est inférieure à 40 % – mais cette règle dépend largement des circonstances de l'affaire. L'abus de position dominante est un élément essentiel de la loi. Pour que cette disposition s'applique, il faut qu'une personne ou plus d'une personne contrôle(nt) largement une branche commerciale dans l'ensemble ou dans une grande partie du pays, et aient eu ou aient un comportement anticoncurrentiel dont l'effet est d'empêcher ou de diminuer sensiblement le jeu de la concurrence.

58. Dans la législation zambienne, les actes ou les comportements réputés abusifs sont énoncés dans l'article 7 2) de la loi et sont définis comme étant susceptibles de limiter l'accès au marché ou de restreindre indûment de toute autre manière le jeu de la concurrence, ou comme ayant ou étant susceptibles d'avoir des effets préjudiciables au commerce ou à l'économie en général. Ces actes

comportent la fixation de prix d'agression, la fixation de prix discriminatoires, les accords d'exclusivité, les ventes liées, les achats imposés à la gamme, et les restrictions territoriales, les acquisitions anticoncurrentielles de toutes sortes, et la fixation collusoire des prix de manière à éliminer la concurrence. Tous ces comportements sont interdits en principe, mais peuvent être autorisés dans le cadre du processus d'autorisation et de notification.

59. La législation zambienne prévoit l'autorisation et la notification d'actes qui, quoique anticoncurrentiels, génèrent des profits publics raisonnables qui font plus que compenser les inconvénients qu'ils présentent pour la concurrence. En est exclu tout ce qui touche les consommateurs. Il incombe exclusivement aux requérants d'apporter la preuve des profits prévus. Les parties concernées appartenant aux secteurs d'activité de première importance et les autres parties prenantes sont consultées avant que la Commission ne prenne sa décision⁹⁵.

Encadré 8

Abus d'une position dominante et abus d'une position de force sur le marché

La notion d'abus d'une position dominante sur le marché vise les pratiques commerciales anticoncurrentielles auxquelles peut se livrer une entreprise en position dominante pour maintenir ou accroître sa position sur le marché. L'interdiction de l'abus d'une position dominante a été énoncée dans la législation sur la concurrence de pays tels que le Canada, la République tchèque, l'Italie, la France, l'Allemagne ou l'Espagne (depuis 1989). Dans la loi sur la concurrence de la CE, l'article 82 CE ne s'applique pas seulement qu'aux abus auxquels une entreprise se livre pour maintenir ou accroître sa position sur le marché, c'est-à-dire les pratiques abusives d'exclusion, mais encore à certaines formes d'abus à caractère d'exploitation comme la fixation de prix excessifs.

Ce concept comporte deux éléments, à savoir la question de la position dominante et la capacité d'exercer une position de force sur le marché.

- Une entreprise détient une position dominante lorsqu'elle représente une part substantielle d'un marché considéré et une part de marché sensiblement supérieure à celle de l'entreprise concurrente qui détient la part la plus élevée après elle. Lorsqu'une entreprise détient des parts de marché de 40 % ou plus, généralement sa position dominante peut susciter des préoccupations en matière de concurrence quand elle a la capacité de fixer les prix de manière indépendante et d'abuser de sa position de force sur le marché. Toutefois, il faut tenir compte du fait qu'une position dominante en soi n'est pas anticoncurrentielle en tant que telle;
- La position de force sur le marché représente la capacité d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises agissant conjointement) d'augmenter et de maintenir avec profit des prix au-dessus du niveau qui serait appliqué dans une situation concurrentielle pendant une longue période. On l'appelle aussi pouvoir de monopole. L'exercice ou l'abus d'une position dominante sur le marché

aboutit à une réduction de la production et à un ralentissement du progrès économique. Outre qu'il accroît les prix de concurrence, l'exercice d'une position de force sur le marché peut se traduire par la réduction de la qualité du service ou par une absence d'innovation sur les marchés considérés.

- Les facteurs qui tendent à créer une position de force sur le marché comprennent notamment une forte concentration du marché, l'existence d'obstacles à l'accès au marché et l'absence de biens de substitution pour un produit fourni par des entreprises dont le comportement est examiné par l'Administration de la concurrence. L'abus d'une position dominante sur le marché peut varier largement d'un secteur à l'autre. Les abus peuvent notamment prendre les formes suivantes: l'application de prix déraisonnables ou excessifs, une discrimination en matière de prix, des ventes à perte, le refus d'entrer en relation commerciale ou de vendre, des ventes liées ou de produits par lots, l'accaparement d'installations ou d'équipements, etc.

60. Cependant, il est parfois difficile de formuler des critères précis pour définir une position dominante. Aux États-Unis, par exemple, la situation de monopole ne fait pas l'objet d'une définition juridique, mais les tribunaux l'ont traditionnellement définie comme étant «le pouvoir de contrôler les prix du marché ou d'éliminer la concurrence». *États-Unis c. E. I. du Pont de Nemours & Co*, 351 U.S. 377, 391 (1956). La part de marché n'est pas le seul élément qui entre en ligne de compte pour déterminer s'il y a situation de monopole. D'autres éléments, tels que l'absence d'obstacles à l'accès, peuvent indiquer qu'une entreprise n'est pas dans cette situation, même si elle possède une part très importante du marché considéré. Dans le jugement «Michelin», la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré qu'en vertu de l'article 82 du Traité de Rome, une position dominante correspondait à une situation de puissance économique donnant à l'entreprise la capacité de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché considéré et de se conduire de façon indépendante par rapport à ses clients, et, en fin de compte, aux consommateurs⁹⁶. Outre la part du marché, les avantages structurels dont les entreprises bénéficient peuvent avoir une importance décisive. Ainsi, dans l'affaire *United Brands*, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que l'entreprise avait une forte intégration verticale, que sa politique de publicité axée sur une certaine marque («Chiquita») lui garantissait une clientèle stable et qu'elle maîtrisait toutes les étapes du circuit de distribution, ce qui lui donnait un avantage considérable sur ses concurrents⁹⁷. La position dominante peut donc résulter d'une combinaison de facteurs qui, pris individuellement, ne seraient pas forcément déterminants.

61. La position dominante sur un marché peut être non seulement celle d'une seule entreprise, mais aussi celle de plusieurs entreprises qui, agissant de concert, pourraient arriver à dominer. Il est évident qu'il s'agit alors de marchés très concentrés, comme un oligopole, où quelques entreprises détiennent une part importante du marché, créant et exploitant ainsi des conditions dans lesquelles elles parviennent à dominer le marché ou à y opérer à peu près comme le ferait un monopole. Le même critère a été adopté par la Commission européenne et le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans le jugement «Vetro Piano» en Italie⁹⁸, qui a été suivi par la décision sur le dossier de la fusion entre Nestlé et Perrier⁹⁹. En conséquence, le recours, par ces entreprises, à certaines pratiques telles que les accords de vente liée peut parfaitement aboutir à un abus de position dominante. Au Royaume-Uni, les dispositions relatives aux «monopoles complexes» ne sont pas nécessairement limitées aux situations d'oligopole¹⁰⁰. Le droit espagnol de la concurrence, tout comme le droit de l'UE, n'interdit pas l'abus de position dominante, mais plutôt l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur la totalité ou une partie du marché national. Il dresse une liste indicative des comportements considérés comme abusifs au motif qu'ils ont des effets restrictifs et sont le fait d'entreprises dominantes.

62. L'abus ou l'acquisition et l'abus d'une position dominante sont deux notions très voisines, puisqu'il s'agit de l'abus d'une position dominante sur le marché et de l'acquisition et abus de cette position. Voir commentaire relatif à l'article 5.

63. Les alinéas *a* à *f* de la section II de l'article 3 indiquent les comportements présumés abusifs quand une entreprise est en position dominante. Il

s'agit, par conséquent, d'examiner la conduite de l'entreprise (ou des entreprises) dominant le marché, non de contester la légalité de cette domination. En revanche, le maintien et l'exploitation de la position dominante par un comportement abusif sont contestés.

64. Il convient de noter que la jurisprudence aux États-Unis a généralement témoigné d'une attitude plus favorable à l'égard des restrictions verticales, d'abord parce qu'elles permettent de stimuler la concurrence entre les marques¹⁰¹ (États-Unis). Pour le traitement des restrictions verticales, voir l'encadré 5 ci-dessus.

II. *Actes ou comportements réputés abusifs*

65. En général, les lois sur la concurrence ne mentionnent que quelques exemples de comportements réputés abusifs et interdits. Ces comportements comprennent un ensemble très divers de stratégies d'entreprise tendant à accroître les obstacles à la pénétration sur un marché. De tels obstacles sont des facteurs qui empêchent ou découragent de nouvelles entreprises de pénétrer sur un marché d'une branche d'activité même lorsque les entreprises en place réalisent des superprofits. Pour une description des obstacles à l'accès à un marché, voir l'encadré 9.

Encadré 9

Obstacles à l'entrée sur un marché dans le droit et la politique de la concurrence

Les obstacles à l'entrée sur un marché visent un certain nombre de facteurs qui peuvent prévenir ou empêcher la pénétration de nouvelles entreprises dans une branche d'activité même lorsque les entreprises en place réalisent des superprofits. Il y a deux grandes catégories d'obstacles: les obstacles structurels (ou économiques) et stratégiques (ou liés à un comportement).

- *Les obstacles structurels à l'entrée sur un marché* résultent des caractéristiques fondamentales d'une branche d'activité comme la technologie, les coûts et la demande. Des discussions ont lieu actuellement pour déterminer quels facteurs constituent les obstacles structurels considérés. La définition la plus large donne à penser que les obstacles à l'entrée sur un marché proviennent de la différenciation des produits, des avantages de coût absolu des entreprises en place et des économies d'échelle. La différenciation des produits crée des avantages pour les entreprises en place, car les nouveaux venus doivent surmonter l'obstacle que constitue la fidélité à la marque acquise dans le temps à l'égard des produits existants. Les avantages de coût absolu entraîneront pour le nouveau venu des coûts unitaires plus élevés à chaque rythme de production, qui s'expliquent peut-être par une infériorité technologique. Les économies d'échelle limitent le nombre d'entreprises qui peuvent fonctionner à des coûts minimaux dans un marché d'une dimension donnée. Une définition plus étroite des obstacles structurels a été donnée par George Stigler et les tenants de l'école de Chicago concernant l'analyse antitrust. Ils laissent entendre que les obstacles à la pénétration sur un marché n'existent que lorsqu'un nouveau venu doit exposer des frais que les entreprises en place ne supportent pas. En conséquence, cette définition ne considère pas que les économies d'échelle et les dépenses de publicité sont des obstacles à la pénétration sur un marché (parce qu'il s'agit de coûts que les entreprises en place ont dû engager pour occuper leur position sur le marché). D'autres économistes mettent aussi l'accent sur l'importance des coûts irréversibles comme obstacle à la pénétration sur un marché. Comme de tels coûts doivent être engagés par les nouveaux venus, mais ont déjà été supportés par les entreprises en place, un obstacle à l'entrée sur le marché est ainsi créé. En outre, les coûts irréversibles réduisent la capacité de sortir du marché et imposent donc des risques supplémentaires aux nouveaux concurrents potentiels.
- *Les obstacles stratégiques à l'entrée sur un marché* visent le comportement des entreprises en place. En particulier, les entreprises en place peuvent agir pour accroître les obstacles structurels à l'entrée sur un marché ou menacer d'exercer des représailles contre les nouveaux venus s'ils parviennent à y pénétrer. Ces menaces doivent, toutefois, être crédibles car les entreprises en place doivent avoir un intérêt à les mettre en application si les nouveaux venus n'entrent pas sur le marché. Les mesures de dissuasion stratégiques à l'entrée comportent certains types de

comportement d'accaparement des entreprises en place. Un exemple est l'accaparement des installations qui consiste pour une entreprise en place à surinvestir dans des capacités de production pour menacer d'engager une guerre des prix si des nouveaux concurrents pénètrent sur le marché. Un autre exemple consisterait à créer artificiellement de nouvelles marques et de nouveaux produits pour limiter les possibilités d'imitation. Ce risque continue de donner lieu à des controverses. Enfin, les gouvernements peuvent aussi créer des obstacles à l'entrée sur un marché dans une branche d'activité en imposant des régimes de licence et d'autres réglementations.

Les obstacles à l'entrée sur un marché dans une branche d'activité déterminée peuvent varier largement en fonction du niveau de développement d'un marché. Les obstacles à l'entrée dans certaines branches d'activité dans une économie développée seraient les suivants:

<i>Obstacles élevés à l'entrée</i>	<i>Obstacles modérément élevés à l'entrée</i>	<i>Faibles obstacles à l'entrée</i>
Production et distribution d'électricité	Boulangerie	Conditionnement de la viande
Service de téléphone local	Boissons non alcoolisées	Farine
Journaux	Cigarettes	Fruits et légumes en boîte
Savons de marque	Périodiques	Textiles de laine et de coton
Avions et pièces d'avion	Produits de gypse	Vêtements
Industrie de l'automobile	Produits chimiques et organiques	Petits produits métalliques
Grands ordinateurs	Articles de toilette	Mobilier en bois
Matériel électrique lourd	Raffinage du pétrole	Conteneurs en matériau ondulé
Locomotives	Aluminium	Imprimerie
Bière	Machines industrielles lourdes	Chaussure
Céréales	Grands appareils ménagers	Camionnage et transport
	Transport par chemin de fer	

Sources: CNUCED; et W. Shepherd, *The Economics of Industrial Organization*. Englewood Cliffs, 1990.

a) Comportement prédateur à l'égard des concurrents, comme pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents;

66. L'une des formes les plus courantes du comportement abusif est généralement dénommée «prix d'agression». Les entreprises adoptent ce comportement pour évincer les concurrents, dans l'intention de conserver ou de renforcer une position dominante. Plus l'entreprise est diversifiée par ses produits et ses marchés et plus ses ressources financières sont grandes, plus il lui est loisible d'adopter un comportement abusif. On trouve un exemple de réglementation des prix d'agression dans la loi de la République populaire de Chine sur la répression de la concurrence déloyale. Selon ce texte, un opérateur (c'est-à-dire entreprises ou particuliers) ne peut vendre ses produits à un prix inférieur au prix coûtant, à toutes fins d'évincer ses concurrents¹⁰². La législation mongole interdit aussi à une entreprise de vendre ses marchandises à un prix inférieur au

prix coûtant afin d'empêcher d'autres entités économiques de pénétrer sur le marché¹⁰³. La Hongrie applique un critère similaire; elle interdit la fixation de prix très bas ne découlant pas d'une efficacité supérieure par rapport à celle des concurrents et semblant devoir écarter des concurrents du marché considéré ou entraver leur pénétration sur le marché¹⁰⁴. Aux États-Unis, la Cour suprême a estimé que deux facteurs sont nécessaires pour que puisse être établie la fixation de prix d'agression. Tout d'abord, les prix faisant l'objet de la plainte doivent être «inférieurs à un niveau approprié de coût», et ensuite il doit y avoir «une dangereuse probabilité» que le concurrent qui a fixé des prix très bas récupère son investissement dans des prix inférieurs au prix coûtant. *Brook Group Ltd. c. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. (1993). Voir également *Cargill Inc. c. Monfort of Colo. Inc.*, 479 U.S. 104, 117 (1986). La Cour suprême des États-Unis a jugé qu'il est important de faire la distinction entre la baisse des prix qui va dans le sens du jeu

de la concurrence et la fixation anticoncurrentielle de prix d'agression parce que «baisser les prix pour accroître les échanges est souvent l'essence même de la concurrence». *Matsushita Elec. Indus. Co. c. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 594 (1986).

67. Le comportement prédateur ne se limite pas aux prix d'agression ou d'éviction. D'autres actes, tels que l'acquisition d'un concurrent en vue de

mettre fin à ses activités, peuvent être réputés prédateurs¹⁰⁵. Il en va de même de la fixation de prix excessifs, ou du refus, par une entreprise en position dominante, de vendre une matière indispensable aux activités de production d'un client qui est en mesure de lui faire de la concurrence. Pour une description de divers types de discrimination en matière de prix, voir l'encadré 10.

Encadré 10

Types de discrimination en matière de prix

La discrimination en matière de prix est un instrument indispensable pour les entreprises afin d'augmenter le plus possible leurs bénéfices quelle que soit la position qu'elles occupent sur le marché et améliorer ou défendre leur position contre d'autres entreprises. Toutefois, la discrimination peut aussi être utilisée par les entreprises qui occupent une position de force pour éviter la concurrence en augmentant leur part du marché et/ou en accroissant les obstacles à l'accès au marché. Les affaires de discrimination en matière de prix doivent être examinées minutieusement par les administrations de la concurrence. Il y a plusieurs types de discrimination en matière de prix, dont certaines favorisent la concurrence. Ils peuvent être classés dans trois catégories, certaines pratiques ayant un rapport étroit avec le commerce international et certaines autres révélant une efficacité économique:

a) *Discrimination personnelle*

- *Marchandage constant*: Pratiques commerciales courantes dans les bazars et les opérations privées.
- *Adaptation du prix au revenu*: Le prix est fonction du pouvoir d'achat du client, c'est une pratique courante chez les médecins, avocats et autres membres des professions libérales.
- *Prix variant en fonction de l'utilisation*: Même si les coûts marginaux sont faibles, les grands consommateurs doivent payer plus (de grandes entreprises d'ordinateurs, de logiciels et de reproduction en position de force sur le marché sont connues pour avoir appliqué cette stratégie).

b) *Discrimination de groupe*

- *Détruire le rival*: Réduction de prix par vente à perte visant à éliminer du marché un concurrent. Cette pratique aurait été couramment utilisée par American Tobacco et Standard Oil.
- *Application de prix de dumping sur les excédents*: Vendre à des prix plus bas sur les marchés étrangers où la demande est plus élastique. Pratique courante pour certains produits pharmaceutiques, l'acier, les appareils de télévision et d'autres biens, mais les plaintes pour dumping n'aboutissent souvent pas.
- *Promotions pour les nouveaux clients*: Pratique courante pour les abonnements aux revues, en vue d'attirer de nouveaux clients. Favorise souvent la concurrence lorsque aucune entreprise ne domine le marché.
- *Favoriser les gros clients*: Les remises par volume sont plus importantes que les différences de coût. Pratique très fréquente dans de nombreux marchés, en particulier les sociétés de services publics.
- *Diviser les clients en fonction de l'élasticité*: Pratique courante dans les sociétés de services publics.

c) *Discrimination en fonction des produits*

- *Payer pour l'étiquette*: L'étiquette très recherchée (ou la plus célèbre) est vendue à un prix plus élevé, même si le produit est le même que celui d'une marque courante.
- *Liquidation de stocks*: Les «soldes» qui sont couramment utilisées pour liquider les stocks mais qui peuvent aussi déstabiliser les consommateurs et les concurrents si elles résultent d'une publicité mensongère.
- *Différences de prix entre les périodes de pointe et les périodes creuses*: Les fluctuations de prix peuvent être plus fortes ou moins fortes que les variations de coût entre les périodes de saturation de pointe et les périodes creuses. Pratique presque universelle dans les sociétés de services publics.

Pour évaluer la nature favorable ou défavorable à la concurrence, l'Administration de la concurrence évaluera la légalité de la pratique par rapport à ses effets économiques sur les marchés considérés et la position des opérateurs sur ces marchés. Dans de nombreuses juridictions, les restrictions verticales sont soumises au critère du caractère raisonnable, étant donné que de telles restrictions ne sont pas toujours préjudiciables et peuvent même être en fait bénéfiques dans des structures de marché ou des circonstances déterminées.

Sources: F. Machlup, *The Political Economy of Monopoly*, Baltimore, 1952; W. Shepherd, *The Economics of Industrial Organization*. Englewood Cliffs, 1990.

b) Fixation de prix ou de modalités ou conditions discriminatoires (c'est-à-dire différenciés de façon injustifiable) pour la fourniture ou l'achat de biens ou de services, y compris au moyen de politiques de fixation des prix pour les transactions entre entreprises affiliées qui font payer au-dessus ou au-dessous du prix normal les biens ou services achetés ou fournis par rapport aux prix appliqués à des transactions similaires ou comparables en dehors des entreprises affiliées.

68. La fixation de prix discriminatoires est étroitement apparentée aux «prix d'agression». Si la vente à perte peut être prédatrice à l'endroit des concurrents directs, la fixation de prix discriminatoires peut l'être aussi, par exemple dans le cas de remises de quantités, de systèmes de primes ou de rabais de fidélité¹⁰⁶. En pareilles circonstances, outre les dommages causés aux concurrents, la fixation de prix discriminatoires peut faire du tort aux concurrents de l'acheteur favorisé¹⁰⁷. Néanmoins, il importe aussi de noter que, bien souvent, les remises de quantité correspondent à des prix de contrat réduits ou ont pour objet de faire face à la concurrence, et que la pratique ne devrait pas être découragée. Le tort fait aux concurrents de l'acheteur favorisé ne devrait pas en soi préoccuper les autorités compétentes en matière de concurrence, car les lois sur la concurrence sont faites pour protéger la concurrence et non les concurrents.

69. Au Pérou, bien que la législation considère les prix discriminatoires comme un exemple de comportement abusif, elle dispose également que ne constituent pas un abus de position dominante les remises et primes qui correspondent à des pratiques commerciales généralement admises, qui sont accordées en raison de circonstances particulières telles que règlement anticipé, quantité, volume, etc., et qui sont octroyées dans des conditions analogues à tous les consommateurs¹⁰⁸.

70. D'autres types de discriminations fondées sur le prix seraient notamment l'application de «prix à la livraison», qui consiste à vendre partout à un prix uniforme (sans tenir compte des frais de transport à la charge du vendeur), et la «vente à partir d'un point de départ fictif» (à partir duquel le vendeur calcule ses frais de transport sans tenir compte du point de départ réel et du coût du transport).

71. L'interdiction de discrimination vise aussi les modalités et conditions de fourniture ou d'achat de biens ou de services. Par exemple, la différenciation des facilités de paiement ou des prestations annexes accordées à l'occasion de la vente de biens et de services peut aussi être discriminatoire. Dans la législation australienne, l'interdiction de discrimination ne se limite pas à celle qui se fonde sur le prix, mais vise aussi les

crédits, les prestations de services et le paiement des services accompagnant les biens¹⁰⁹. Il convient aussi de souligner que les modalités et conditions différenciées ne devraient pas être réputées illégales si elles sont fonction de différences de coût. Plus généralement, l'interdiction faite aux entreprises d'offrir à quelques clients des prix plus avantageux risque de dissuader les entreprises de consentir à quiconque des réductions de prix. Toutefois, la loi australienne de 1974 sur les pratiques commerciales a été abrogée en 1995 et un comportement qui aurait été considéré comme interdit en vertu de l'article 49 peut tomber sous le coup de l'article 45 s'il entraîne une diminution sensible de la concurrence, ou de l'article 46 s'il résulte d'un abus de position dominante de la part d'une société. En Fédération de Russie, l'article 5 de la loi porte interdiction des comportements et des accords des entreprises qui restreignent la concurrence.

72. Un prix inférieur à la normale pour des biens et des services pratiqués dans les transactions entre entreprises affiliées (tarification de cession interne) peut aussi servir d'instrument d'éviction contre des concurrents qui sont dans l'impossibilité de s'approvisionner à des prix comparables.

c) Fixation des prix auxquels des marchandises peuvent être revendues, y compris les marchandises importées ou exportées.

73. L'imposition du prix de revente, habituellement par le fabricant ou par le grossiste, est généralement dénommée «fixation du prix de revente». Cette pratique est interdite dans de nombreux pays, comme par exemple l'Inde, la Nouvelle-Zélande, la République de Corée et le Royaume-Uni. Aux États-Unis, la Cour suprême a jugé que la fixation du prix minimal de revente est a priori illégale en vertu de l'article premier de la loi Sherman, mais qu'il doit y avoir un accord réel qui oblige le distributeur à respecter des prix spécifiques. Voir *Business Elecs. Cop. c. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 720, 724 (1988). Comme la fixation du prix maximal de revente peut avoir pour conséquence des prix avantageux, la Cour suprême a récemment jugé que cette pratique n'est pas a priori illégale. En Suède une formule économique a été choisie concernant la fixation du prix de revente. Cette dernière, si elle a des répercussions notables sur la concurrence, tombe sous le coup de la coopération

anticoncurrentielle aux termes de la loi sur la concurrence. Cependant, la fixation de prix maximaux de revente n'est pas interdite d'une manière générale¹¹⁰. Dans la Communauté européenne, la fixation du prix de revente des marchandises est normalement interdite si elle est préjudiciable à la concurrence entre les États membres.

74. Dans certains États, la fixation d'un prix de revente imposé est interdite, mais non celle d'un prix maximal ni d'un prix recommandé (Royaume-Uni et États-Unis). Au Royaume-Uni, bien que les prix recommandés ne soient pas proscrits, le Directeur général de la concurrence peut en interdire l'utilisation trompeuse, par exemple quand des prix indûment élevés sont recommandés pour attirer l'attention sur des rabais apparemment considérables¹¹¹. Au Canada, la publication par le fournisseur d'un produit, d'une publicité mentionnant un prix de revente du produit est considérée comme une tentative de pousser le prix de vente à la hausse, sauf s'il est clairement indiqué que le produit peut être vendu à un prix inférieur¹¹².

75. Il convient de noter que la fixation collective d'un prix de revente serait, si elle faisait intervenir des entreprises concurrentes (c'est-à-dire des grossistes), couverte par l'article 3, I a) proposé ci-dessus, comme type d'accord de fixation de prix.

76. Les refus de vendre sont le moyen de pression le plus couramment employé en cas de non-respect du prix fixé. Pour les prévenir, par exemple, la Commission des Communautés européennes a condamné à une amende une société des États-Unis et trois de ses filiales en Europe pour avoir interdit à leurs revendeurs dans l'un des pays européens (Royaume-Uni) d'exporter leur produit (test de grossesse) qui était vendu nettement moins cher dans ce pays que dans un autre pays européen (République fédérale d'Allemagne)¹¹³. La législation canadienne interdit expressément de refuser de vendre un produit à une personne ou catégorie de personnes en raison de leur politique de bas prix.

d) Restrictions à l'importation de biens légitimement désignés à l'étranger par une marque de commerce ou de fabrique identique ou similaire à la marque de commerce ou de fabrique protégée dans le pays importateur pour des biens identiques

ou similaires, quand les marques en question sont de même origine, c'est-à-dire appartiennent au même propriétaire, ou sont utilisées par des entreprises entre lesquelles il y a une interdépendance économique, organique, administrative ou juridique, et que le but de ces restrictions est de maintenir des prix artificiellement élevés.

77. Cette pratique d'une entreprise ayant une position dominante est interdite aux termes de la section D.4 e) de l'Ensemble. Le propriétaire d'une marque peut renforcer sa position sur le marché par une publicité massive ou d'autres procédés de commercialisation. S'il réussit à faire largement accepter et distribuer la marque en question, il peut se trouver en mesure d'imposer aux distributeurs des produits portant sa marque toute une gamme de pratiques commerciales restrictives. Les marques peuvent être utilisées pour faire appliquer des arrangements de commercialisation exclusive, interdire les importations, répartir les marchés et, parfois, pratiquer des prix excessifs. Cela dit, les entreprises peuvent avoir plusieurs raisons valables pour limiter la distribution des produits portant leur marque, par exemple le souci d'en préserver la qualité et d'empêcher les contrefaçons. Ces mesures sont destinées à protéger aussi bien des droits légitimes de propriété intellectuelle que les consommateurs.

78. Quant aux restrictions à l'importation, le propriétaire d'une marque essaiera peut-être d'empêcher l'importation de produits qui la portent; d'empêcher tout autre que son distributeur exclusif d'importer ces produits (importation parallèle); d'empêcher des produits similaires portant sa marque d'être importés pour concurrencer ses propres produits, et d'utiliser des marques différentes pour le même produit dans différents pays, empêchant ainsi les importations d'un de ces pays vers un autre.

79. Au Japon, par exemple, la Commission japonaise de la concurrence a pris des mesures dans plusieurs affaires contre des pratiques consistant à empêcher de manière déloyale les importations parallèles de porcelaine de table de marque, de pianos, de glaces ou d'automobiles.

80. À propos des restrictions à l'importation de produits similaires portant légitimement la même marque ou une marque similaire, on peut citer

l'affaire *Cinzano* en République fédérale d'Allemagne. La Cour suprême fédérale a décidé que, lorsque le propriétaire d'une marque a autorisé ses filiales ou des titulaires de licence indépendants dans différents pays à utiliser sa marque et à vendre des marchandises portant cette marque, il ne peut dès lors interdire l'importation des produits mis sur le marché à l'étranger par ses filiales étrangères ou par des titulaires de licence étrangers, même s'il y a une différence de qualité entre ces produits et ceux qui proviennent du propriétaire local de la marque¹¹⁴.

81. Comme il est indiqué ci-dessus, une marque de commerce ou de fabrique déposée dans deux pays ou plus peut avoir la même provenance. Dans le cas des produits de marque exportés vers d'autres pays où ils ne sont pas fabriqués, la marque est fréquemment cédée sous licence au distributeur exclusif. Par exemple, la société britannique Watts Ltd., qui produit des articles pour l'entretien de disques, et son distributeur et concessionnaire exclusif aux Pays-Bas, la société Theal B. V. (devenue Tepea B. V.) ont été condamnés à une amende par la Commission des Communautés européennes pour avoir employé la marque en vue d'empêcher des importations parallèles vers les Pays-Bas. La Commission a jugé que les accords de distribution exclusive visaient à assurer à Theal une protection territoriale absolue en excluant toutes les importations parallèles de produits authentiques et que cette protection était renforcée par l'interdiction d'exportation que Watts avait imposée à ses grossistes au Royaume-Uni. Le dispositif, pris dans son ensemble, laissait Theal entièrement libre de fixer les prix des produits importés aux Pays-Bas¹¹⁵.

82. Le quatrième type de cas est celui où deux marques différentes sont employées pour le même produit dans des pays différents afin de fragmenter le marché. Dans une action intentée par *Centrafarm B. V. c. American Home Products Corporation (AHP)*, Centrafarm affirmait avoir le droit, en qualité d'importateur parallèle, de vendre sans autorisation aux Pays-Bas, sous la marque «Seresta», des comprimés d'oxazépame fournis par la société AHP et vendus au Royaume-Uni sous la marque «Serenid D», puisqu'il s'agissait du même médicament. Dans cette affaire, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que l'exercice de ce droit pouvait constituer une entrave déguisée au commerce dans la

Communauté économique européenne s'il était établi que l'utilisation de marques différentes pour un même produit ou l'interdiction d'apposer une marque de commerce ou de fabrique sur des produits reconditionnés visait à compartimenter le marché et à maintenir des prix artificiellement élevés¹¹⁶.

e) Quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la qualité, la sécurité, une distribution ou un service satisfaisant:

i) Refus partiel ou complet de traiter aux conditions commerciales habituelles de l'entreprise;

ii) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'acceptation de restrictions concernant la distribution ou la fabrication de biens concurrents ou autres;

iii) Imposer des restrictions à la revente ou à l'exportation des biens fournis ou d'autres biens quant au lieu ou à la personne du destinataire, ou quant à la forme ou au volume de ces biens;

iv) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'achat d'autres biens ou services auprès du fournisseur ou de la personne désignée par lui.

83. Malgré l'interdiction de principe, une dérogation a été envisagée pour les comportements énumérés aux alinéas i) à iv), s'ils ne sont pas en contradiction avec l'objectif de la loi, quand il s'agit d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la sécurité, la qualité et une distribution ou un service satisfaisants. Les gouvernements fixent des normes pour préserver la salubrité, la sécurité et la qualité. Cependant, quand les entreprises invoquent ces normes pour justifier des pratiques d'exclusion, notamment lorsqu'elles occupent une position dominante, il y a lieu de suspecter l'objet de ces pratiques, c'est-à-dire de se demander si elles ne visent pas au monopole. Le cas est encore plus suspect quand les entreprises définissent des normes de leur propre initiative et invoquent des considérations de qualité pour justifier, par exemple, le refus de vendre, les ventes liées et les arrangements de distribution sélective. Les accords de normalisation entre concurrents, s'ils restreignent l'accès au marché, relèveraient de

l'article 3. Dans les affaires *Tetra Pak* et *Hilti*, la Commission des Communautés européennes a estimé qu'une entreprise détenant une position dominante ne pouvait se substituer aux autorités publiques pour mener une politique de ventes liées en invoquant des raisons de sécurité ou de santé. Dans les deux cas, sa position a été confirmée¹¹⁷.

84. En règle générale, les enquêtes sur les comportements d'exclusion devraient comprendre un examen de la position des entreprises intéressées sur le marché, de la structure du marché et des effets probables de ces pratiques sur la concurrence, ainsi que sur le commerce international ou le développement économique.

i) Refus partiel ou total de traiter aux conditions commerciales habituelles de l'entreprise

85. Le refus de traiter peut, à première vue, paraître un droit inaliénable puisqu'en théorie seul le vendeur ou l'acheteur subit les conséquences de son refus de vendre ou d'acheter. Or, dans la réalité, les motifs du refus de vente peuvent être multiples, et ce moyen sert souvent aux entreprises en position dominante pour imposer d'autres pratiques telles que la fixation du prix de revente ou des arrangements de distribution sélective. En outre, le refus de vente peut être étroitement lié à la position dominante d'une entreprise sur le marché et est fréquemment utilisé pour faire pression sur des entreprises afin qu'elles respectent le prix de revente fixé.

86. Les refus de traiter qui ont pour but d'appliquer des restrictions potentiellement anticoncurrentielles, telles que les prix de vente imposés et des accords de distribution sélective, suscitent évidemment des préoccupations du point de vue de la concurrence. Ils ne sont cependant pas en soi nuisibles à la concurrence et les entreprises devraient avoir la faculté de vendre et également d'accorder un traitement préférentiel aux acheteurs de longue date, aux entreprises apparentées, aux commerçants qui règlent leurs achats en temps voulu ou qui préserveront la qualité, la réputation, etc., du produit du fabricant. Il en va de même quand l'entreprise annonce d'avance les circonstances dans lesquelles elle refusera de vendre (c'est-à-dire simplement en indiquant le prix souhaité de vente au détail et en se refusant désormais à faire affaire avec tous ceux qui ne s'y conformeraient pas). À ce propos,

la Cour suprême des États-Unis s'est prononcée dans les termes suivants: «L'objet de la loi Sherman est d'interdire les monopoles, contrats et combinaisons qui, selon toute probabilité, entraveraient le libre exercice des droits de ceux qui se livrent, ou souhaitent se livrer, au négoce et au commerce – autrement dit de préserver le droit à la liberté du commerce. En l'absence d'intention de créer ou de perpétuer un monopole, la loi ne restreint pas le droit, depuis longtemps reconnu, d'un commerçant ou d'un fabricant se livrant à des opérations commerciales strictement privées à déterminer librement les parties avec lesquelles il entend traiter; et il peut évidemment faire connaître d'avance les circonstances dans lesquelles il refusera de vendre.»¹¹⁸.

ii) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'acceptation de restrictions concernant la distribution ou la fabrication de biens concurrents ou autres

87. Ce comportement est souvent un aspect des «accords d'exclusivité» et peut se définir comme une pratique commerciale selon laquelle une entreprise obtient, fréquemment à l'intérieur d'un marché désigné, les droits exclusifs d'achat, de vente ou de revente des marchandises ou des services d'une autre entreprise. L'octroi de ces droits exclusifs est souvent subordonné à l'engagement, de la part de l'acheteur, de ne pas distribuer ou fabriquer de produits concurrents.

88. Aux termes d'un accord d'exclusivité, le concessionnaire renonce partiellement à sa liberté commerciale en échange d'un marché protégé contre des ventes du produit en question par des concurrents. Les modalités de l'accord dépendent généralement du pouvoir de négociation relatif des parties.

89. Les effets de ces restrictions sont semblables à ceux de l'intégration verticale à l'intérieur d'une entité économique, le fournisseur contrôlant le circuit de distribution à cette différence près que, dans le premier cas, le concessionnaire reste indépendant.

iii) Imposer des restrictions à la revente ou à l'exportation des biens fournis ou d'autres biens quant au lieu ou à la personne destinataire, ou quant à la forme ou au volume de ces biens

90. Les accords conclus entre un fournisseur et son distributeur comportent souvent l'attribution d'un marché précis (répartition des marchés) ou d'une clientèle précise (répartition de la clientèle), c'est-à-dire des restrictions à la revente quant au lieu ou au destinataire. Par exemple, le droit concédé au distributeur peut être limité à la vente du produit en vrac par des grossistes ou à la vente directe à des détaillants. L'objet de ces restrictions est en général de minimiser la concurrence intramarques en empêchant le commerce parallèle par des tiers. Leurs effets se manifestent sur les prix et les conditions de vente, surtout en l'absence d'une forte concurrence intermarques sur le marché. Néanmoins les restrictions à la concurrence intramarques peuvent être insignifiantes ou favorables à la concurrence si la concurrence entre marques sur le marché considéré est forte¹¹⁹. Aux États-Unis, où ces accords ont été attaqués comme étant des accords exclusifs illicites, les tribunaux n'ont, le plus souvent, condamné que ceux qui font sensiblement obstacle à la concurrence sur un marché considéré en réduisant notablement le nombre de points de vente auxquels un concurrent a accès pour lui permettre d'atteindre les consommateurs prospectifs du produit du concurrent. Voir *Tampa Electric Co. c. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320, 327 (1961); *Roland Machinery Co. c. Dresser Industries, Inc.*, 749 F.2d 380, 393 (7th Cir. 1984).

91. La répartition des marchés peut consister en l'attribution, par le fournisseur, d'un certain marché au distributeur, à charge pour celui-ci de ne pas vendre à des clients résidant en dehors de ce marché ni à des clients qui, à leur tour, revendraient éventuellement les produits dans une autre région du pays.

92. Il y a répartition de la clientèle quand le fournisseur exige que l'acheteur ne revende qu'à un type de clients déterminé, par exemple uniquement à des détaillants. Les raisons de cette restriction sont ou bien que le fabricant souhaite préserver ou améliorer la réputation ou la qualité du produit, ou bien que le fournisseur veut peut-être se réserver les ventes par grandes quantités aux gros acheteurs, par exemple les ventes de véhicules aux entreprises qui entretiennent un parc complet ou les marchés avec l'État. La répartition de la clientèle peut aussi avoir pour but de limiter les ventes finales à certains points de vente, par exemple aux

détaillants agréés remplissant des conditions déterminées. Elle vise parfois à empêcher l'approvisionnement des détaillants, afin d'imposer un prix de revente et de réduire le nombre des points de vente et de service.

93. Les accords de répartition des marchés et de la clientèle servent à appliquer des accords d'exclusivité qui permettent aux fournisseurs, s'ils détiennent une position dominante sur le marché du produit considéré, de cloisonner les marchés et de pratiquer ainsi des prix différenciés selon le maximum tolérable sur chaque marché. En outre, les systèmes de distribution sélective visent souvent à empêcher la revente par le biais d'exportations hors du marché concédé de peur qu'une concurrence par les prix ne s'instaure dans des régions où les prix sont fixés au niveau le plus élevé.

iv) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'achat d'autres biens ou services auprès du fournisseur ou de la personne désignée par lui

94. Ce comportement est généralement dénommé «clause de vente liée». Le produit «lié» peut être dénué de tout rapport avec le produit demandé ou appartenir à la même gamme¹²⁰. Des arrangements de ce genre sont imposés habituellement pour promouvoir la vente de produits qui se vendent mal et, en particulier, de ceux qui sont exposés à une concurrence plus forte de produits de substitution. Le fournisseur joue de sa position dominante sur le marché du produit demandé pour subordonner la vente à l'acceptation des autres produits. Il peut, par exemple, accorder des rabais de fidélité calculés sur les achats globaux de la gamme complète de ses produits¹²¹.

95. Il convient de noter que le fait de subordonner l'autorisation faite à un concessionnaire licencié de revendre un produit ou plus relevant de la propriété intellectuelle à l'achat d'un autre article couvert par le même droit ou d'un bien ou service a été jugé, dans certains cas, comme constituant un accord illégal de vente liée aux États-Unis. Comme il a été noté dans l'article 5.3 des Directives antitrust pour les concessions de licences relevant de la propriété intellectuelle, publiées par le Département de la justice des États-Unis et la Commission fédérale du commerce le 6 avril 1995, les organes antitrust des États-Unis seraient susceptibles d'attaquer un

accord de vente liée: 1) si le vendeur est en position dominante sur le marché du produit en question; 2) si l'accord a des conséquences préjudiciables à la concurrence sur le marché considéré du produit en question; et 3) si les justifications de l'accord en termes d'efficience ne font pas plus que compenser les effets anticoncurrentiels. Ces organes ne présumeront pas qu'un brevet, un droit d'auteur ou un secret commercial donne automatiquement à son propriétaire une position de force sur le marché. Cette pratique est interdite par presque toutes les législations du monde, dont celles de l'Algérie¹²², de la Hongrie¹²³, de la Mongolie¹²⁴, de la Suisse¹²⁵ et du Mercosur¹²⁶.

III. Autorisation ou dérogation

Les actes, pratiques ou autorisations qui ne sont pas strictement interdits par la loi peuvent être autorisés s'ils sont notifiés, conformément aux dispositions de l'article 6, avant d'être réalisés, si les autorités compétentes sont informées avec exactitude de tous les faits pertinents, si les parties lésées ont la possibilité d'être entendues, et s'il est ensuite déterminé que la conduite envisagée, telle qu'elle a été au besoin modifiée ou réglementée, est compatible avec les objectifs de la loi.

96. L'Ensemble de principes et de règles dispose que, pour déterminer si un comportement ou un acte est abusif, il faudrait examiner son objet et son effet dans la situation de fait. Dans cet examen, il incombe évidemment aux entreprises d'apporter la preuve que leur comportement dans une circonstance donnée est celui qui convient, de même qu'il incombe aux autorités nationales d'admettre ou non cette preuve. D'une manière générale, pour ce qui est des pratiques énumérées aux alinéas *a* à *d*, il est peu probable, si une entreprise est en position dominante, que leur application soit jugée convenir, eu égard aux effets qu'elles sont de nature à avoir sur la concurrence et le commerce ou sur le développement économique.

97. En République tchèque, une ou plusieurs entreprises sont jugées conjointement (position dominante conjointe) être en position dominante sur un marché considéré si la position de force qu'elles occupent leur permet de se comporter, dans une grande mesure, de manière indépendante par rapport aux autres entreprises ou aux consommateurs. La position dominante sur le

marché est évaluée selon le volume constaté d'approvisionnement ou d'achats, sur le marché considéré, des marchandises en question (part de marché), de la part de l'entreprise ou des entreprises concernée(s) qui occupe(nt) une position dominante sur le marché pendant la période examinée en vertu de la loi, et selon d'autres indices, en particulier la puissance économique et financière des entreprises, les obstacles légaux ou autres à la pénétration sur le marché d'autres entreprises, le niveau d'intégration verticale des entreprises, la structure du marché et l'importance des parts de marché de leurs concurrents directs. En outre, la loi prévoit la présomption contestable qu'une entreprise ou des entreprises en position dominante conjointe ne seront réputées telles si sa (ou leur) part de marché sur le marché considéré au cours de la période examinée est inférieure à 40 %¹²⁷.

CHAPITRE V

Notification

I. *Notification par les entreprises*

1. Lorsque des pratiques relèvent des articles 3 et 4 sans être purement et simplement interdites, et peuvent donc être autorisées, les entreprises pourraient être tenues de les notifier à l'organe de tutelle, en donnant tous les détails requis.

2. La notification pourrait être faite à l'organe de tutelle par toutes les parties en cause, ou par une ou plusieurs d'entre elles au nom des autres, ou par toute personne dûment autorisée à agir en leur nom.

3. Lorsqu'une entreprise ou un particulier est partie à des accords restrictifs conclus aux mêmes conditions avec des partenaires différents, il serait possible de n'en notifier qu'un seul, à condition d'indiquer précisément toutes les parties actuelles ou futures auxdits accords.

4. Si un accord, un arrangement ou une situation notifié en vertu des dispositions de la loi est modifié dans ses modalités ou quant aux parties prenantes, ou s'il y est mis fin (avant l'échéance prévue), ou s'il est renoncé à son application, ou si la situation s'est modifiée substantiellement, une notification pourrait être faite à l'organe de tutelle (dans un délai de (...) jours/mois) (sans délai).

5. Les entreprises pourraient être admises à demander une autorisation pour les accords ou arrangements relevant des articles 3 et 4 et existant à la date d'entrée en vigueur de la loi, sous réserve qu'ils soient notifiés (dans les (...) jours/mois) suivant ladite date.

6. Les accords notifiés pourraient entrer en vigueur dès que l'autorisation est accordée ou dès l'expiration du délai fixé pour l'octroi de l'autorisation ou, provisoirement, dès la notification.

7. Tout accord ou arrangement qui n'a pas été notifié pourrait faire l'objet de toutes les sanctions prévues par la loi, au lieu d'être simplement révisé, s'il venait à être découvert et jugé illégal.

II. *Décision de l'organe de tutelle*

1. La décision de l'organe de tutelle doit intervenir (dans les (...) jours/mois suivant la réception de la notification complète de tous les éléments), que l'autorisation soit refusée, accordée sans restriction ou accordée sous réserve de certaines conditions et obligations.

2. Procédure de réexamen périodique des autorisations accordées tous les (...) mois/ans, avec possibilité de prolongation, de suspension ou de prolongation sous réserve de certaines conditions et obligations.

3. La possibilité de retirer une autorisation pourrait être prévue, par exemple si l'organe de tutelle constate que:

a) Les circonstances qui ont justifié l'octroi de l'autorisation ont cessé d'exister;

b) Les entreprises n'ont pas respecté les conditions et obligations auxquelles l'octroi de l'autorisation était soumis;

c) Les renseignements donnés à l'appui de la demande étaient faux ou trompeurs.

**COMMENTAIRES DU CHAPITRE V ET
FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES
DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES**

Notification

I. *Notification par les entreprises*

1. Lorsque des pratiques relèvent des articles 3 et 4 sans être purement et simplement interdites, et peuvent donc être autorisées, les entreprises pourraient être tenues de les notifier à l'organe de tutelle, en donnant tous les détails requis.

2. La notification pourrait être faite à l'organe de tutelle par toutes les parties en cause, ou par une ou plusieurs d'entre elles au nom des autres, ou par toute personne dûment autorisée à agir en leur nom.

3. Lorsqu'une entreprise ou un particulier est partie à des accords restrictifs conclus aux mêmes conditions avec des partenaires différents, il serait possible de n'en notifier qu'un seul, à condition d'indiquer précisément toutes les parties actuelles ou futures auxdits accords.

4. Si un accord, un arrangement ou une situation notifié en vertu des dispositions de la loi est modifié dans ses modalités ou quant aux parties prenantes, ou s'il y est mis fin (avant l'échéance prévue), ou s'il est renoncé à son application, ou si la situation s'est modifiée substantiellement, une notification pourrait être faite à l'organe de tutelle (dans un délai de (...) jours/mois) (sans délai).

5. Les entreprises pourraient être admises à demander une autorisation pour les accords ou arrangements relevant des articles 3 et 4 et existant à la date d'entrée en vigueur de la loi, sous réserve qu'ils soient notifiés (dans les (...) jours/mois) suivant ladite date.

6. Les accords notifiés pourraient entrer en vigueur dès que l'autorisation est accordée ou dès l'expiration du délai fixé pour l'octroi de l'autorisation ou, provisoirement, dès la notification.

7. Tout accord ou arrangement qui n'a pas été notifié pourrait faire l'objet de toutes les sanctions prévues par la loi, au lieu d'être simplement révisé, s'il venait à être découvert et jugé illégal.

98. La formule adoptée pour la loi type est l'interdiction de principe des accords et arrangements restrictifs. En conséquence, elle admet la possibilité d'une dérogation pour des pratiques visées aux articles 3 et 4 qui ne sont pas purement et simplement interdites. La notification est également de mise pour le contrôle des opérations de concentration si elle est prévue par les projets d'éléments pour l'article 5 ou par un article distinct de la loi. Il convient toutefois de noter que des dispositions trop rigoureuses en matière de notification et d'enregistrement risquent d'être beaucoup trop lourdes pour les entreprises et pour les autorités compétentes. C'est pourquoi un certain nombre de lois exigeant la notification prévoient des exemptions individuelles ou «globales» pour des pratiques précises ou pour des opérations n'atteignant pas un certain seuil.

99. Pour obtenir une autorisation, les entreprises seraient tenues de notifier à l'organe de tutelle tous les détails des arrangements ou accords envisagés. Les éléments à notifier dépendraient des circonstances et ne seraient vraisemblablement pas les mêmes dans tous les cas (voir l'encadré 11). Il pourrait s'agir, notamment, des renseignements ci-après:

a) Le nom et l'adresse officielle de la partie ou des parties en cause;

b) Le nom et l'adresse des administrateurs et du propriétaire ou des copropriétaires;

c) Le nom et l'adresse des (principaux) actionnaires, avec le détail de leur participation;

d) Le nom de toute entreprise mère et de toute entreprise apparentée;

e) La description des produits ou services visés;

f) Les lieux d'établissement de l'entreprise ou des entreprises, la nature des activités en chaque lieu et le marché ou les marchés couverts par les activités de l'entreprise ou des entreprises;

g) La date d'entrée en vigueur de tout accord;

h) Sa durée ou, s'il peut y être mis fin avec préavis, la durée du préavis requis;

i) Les modalités complètes de l'accord, qu'il soit écrit ou verbal; dans ce dernier cas, les modalités, convenues verbalement, seraient consignées.

100. Il appartient aux entreprises qui sollicitent une autorisation de démontrer que l'accord envisagé n'aura pas d'effets contraires à la loi, ou ne contrevient pas aux objectifs de la loi. Pour l'autorisation des opérations relevant des projets d'éléments pour l'article 5, les renseignements donnés dans les notifications de fusions devraient concerner, par exemple, la part de marché, le total des actifs, le chiffre d'affaires annuel total, et le nombre de salariés, y compris ceux des entreprises intégrées ou apparentées, que ce soit horizontalement ou verticalement, pour que l'autorité puisse estimer l'emprise des entreprises intéressées sur le marché. Les entreprises entrant dans la catégorie des «entreprises en position dominante sur le marché» (selon des critères qui devraient être précisés par l'organe de tutelle) et celles qui pourraient, par l'effet des arrangements et pratiques envisagés, répondre à ces mêmes critères, devraient être tenues de notifier tous les détails desdits arrangements et pratiques à

l'organe de tutelle. L'encadré 12 indique, par exemple, le type d'informations sur le marché considéré devant être communiquées avec la notification et les informations devant être fournies sur le marché concerné dans le cas d'une notification d'une coentreprise structurelle.

101. En Afrique du Sud, la période pendant laquelle les entreprises doivent solliciter une autorisation pour des accords ou des arrangements dans le cadre des articles 3 et 4 devrait être d'au moins trois mois à partir de la date d'entrée en vigueur de la loi. Les entreprises devraient déjà être au courant de l'application imminente de la loi ou de son entrée en vigueur et prendre les dispositions nécessaires. On considère que six mois est un délai plus que suffisant pour leur permettre de préparer les notifications pour l'autorisation. Au Royaume-Uni, la loi prévoit une notification volontaire. Les entreprises zambiennes peuvent notifier tout comportement qui n'est pas purement et simplement interdit par l'article 13 de la loi.

Encadré 11

Notification: Informations au sujet des parties et de l'accord

Nom des entreprises soumettant la notification;

Informations sur les parties à l'accord et tous les groupes de sociétés auxquels elles appartiennent;

Détails des accords ou arrangements notifiés, y compris toutes les dispositions qui risquent de limiter la liberté des parties de prendre des décisions commerciales indépendantes;

Résumé non confidentiel que l'Administration de la concurrence peut divulguer en le publiant au *Journal officiel* ou diffuser sur l'*Internet*, en demandant à des parties tiers de formuler des observations à ce sujet;

Motifs pour lesquels l'Administration de la concurrence devrait accorder une attestation négative ou une exemption;

Documents justificatifs (par exemple, rapports et comptes annuels de toutes les parties pour les trois dernières années);

Copies des études internes ou externes sur le marché à long terme ou des documents de planification;

Informations sur le marché considéré devant être communiquées avec la notification;

Délimitation du marché considéré du produit défini par l'Administration de la concurrence comme comprenant tous les produits et/ou services qui sont jugés interchangeables ou remplaçables par le consommateur, en raison des caractéristiques des produits, de leurs prix ou de leur utilisation recherchée;

Délimitation du marché géographique considéré défini par l'Administration de la concurrence comme comprenant la zone dans laquelle les entreprises concernées participent à la fourniture de produits ou de services, dans laquelle les conditions de la concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut se distinguer des zones voisines du fait, en particulier, que les conditions de la concurrence sont sensiblement différentes dans ces zones;

Position des parties, des concurrents et des clients dans le ou les marchés considérés du produit;

Entrée sur le marché et concurrence potentielle sur le marché du produit et le marché géographique;

Informations sur le marché considéré concernant les coentreprises structurelles;

Délimitation du marché du produit et du marché géographique considéré, comme ci-dessus, plus questions supplémentaires sur les produits ou services directement ou indirectement visés par l'accord;

Produits ou services notifiés qui sont des substituts économiques proches et questions plus détaillées sur le marché géographique;

Informations sur les membres du groupe opérant sur les mêmes marchés;

Questions sur les parties, les concurrents et les clients, comme ci-dessus;

Questions sur l'accès au marché et la concurrence potentielle, comme ci-dessus, plus détails supplémentaires, par exemple sur l'échelle viable minimale pour la pénétration sur le ou les marchés considérés du produit.

Sources: CNUCED et Commission européenne.

102. En Ukraine, la loi permet l'autorisation: i) si elle ne doit pas conduire à ce que s'instaure un monopole sur l'ensemble du marché ou sur une partie importante dudit marché ou à ce qu'elle entraîne une restriction sensible de la concurrence sur l'ensemble du marché ou sur une partie importante dudit marché; ii) si le Conseil des ministres autorise la concentration qui n'a pas reçu l'aval de la Commission antimonopole d'Ukraine parce qu'elle ne répondait pas aux conditions prévues par la loi, et si cette concentration entraîne des profits pour le bien public qui compensent ses conséquences négatives en fait de restriction de la concurrence. Néanmoins, l'autorisation peut ne pas être accordée si les restrictions à la concurrence causées par la concentration ne sont pas nécessaires pour permettre d'atteindre l'objectif de ladite concentration ou bien constitue une menace pour l'économie de marché¹²⁸. Au Costa Rica, il n'existe pas de mécanisme de contrôle permettant à l'Autorité de la concurrence

d'approuver les accords horizontaux. Au lieu de cela, l'Autorité de la concurrence interdit a priori toutes ces pratiques, la mise en place d'un mécanisme de contrôle ayant été jugée trop onéreuse¹²⁹.

II. *Décision de l'organe de tutelle*

1. La décision de l'organe de tutelle doit intervenir (dans les (...) jours/mois suivant la réception de la notification complète de tous les éléments), que l'autorisation soit refusée, accordée sans restriction ou accordée sous réserve de certaines conditions et obligations.

2. Procédure de réexamen périodique des autorisations accordées tous les (...) mois/ans, avec possibilité de prolongation, de suspension ou de prolongation sous réserve de certaines conditions et obligations.

103. L'entrée en vigueur des accords notifiés dépendrait de plusieurs facteurs. Dans le cas de fusions et autres prises de contrôle, il faudrait envisager une autorisation préalable de l'organe de tutelle dans un certain délai avant l'entrée en vigueur des accords. La même procédure pourrait être appliquée aux accords et arrangements notifiés en application de l'article 3 et des alinéas *e* et *f* de l'article 4, mais elle risquerait de retarder les décisions des entreprises. Dans ce dernier cas, il pourrait peut-être y avoir une entrée en vigueur provisoire, sauf décision contraire de l'organe de tutelle dans un délai déterminé.

104. Le paragraphe 2 de la section II de cet article prévoit une procédure de réexamen et de suspension des autorisations accordées. Si une autorisation est octroyée en raison de circonstances économiques particulières, c'est généralement parce qu'on pense que ces circonstances vont probablement durer. Cependant, une procédure de réexamen est nécessaire, non seulement pour le cas où les circonstances peuvent avoir changé, mais aussi pour tenir compte des effets préjudiciables éventuels de la dérogation qui n'auraient pas été prévus au moment où l'autorisation a été accordée.

3. La possibilité de retirer une autorisation pourrait être prévue, par exemple, si l'organe de tutelle constate que:

- a) Les circonstances qui ont justifié l'octroi de l'autorisation ont cessé d'exister;
- b) Les entreprises n'ont pas respecté les conditions et obligations auxquelles l'octroi de l'autorisation était soumis;
- c) Les renseignements donnés à l'appui de la demande étaient faux ou trompeurs.

105. Le paragraphe 3 de la section II prévoit le retrait de l'autorisation en cas de modification de la situation, ou bien s'il y a eu inexécution des obligations ou abus de la dérogation. Il vise aussi les cas où la décision initiale était fondée sur des renseignements inexacts ou mensongers.

CHAPITRE VI

Notification, enquête et interdiction des fusions influant sur des marchés concentrés

I. *Notification*

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, doivent être notifiées lorsque:

- i) L'une au moins des entreprises est établie dans le pays; et
- ii) La part du marché qui en résultera dans le pays, ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, risque de créer une position de force sur le marché, en particulier dans les branches d'activité où il y a une forte concentration du marché, où il existe des obstacles à l'accès au marché et où il n'y a pas de biens de substitution d'un produit fourni par des entreprises dont le comportement fait l'objet d'une surveillance.

II. *Interdiction*

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, doivent être interdits lorsque:

- i) L'opération envisagée accroît sensiblement la capacité d'exercer une position de force sur le marché (par exemple, en donnant la possibilité à une entreprise ou à un groupe d'entreprises agissant conjointement de maintenir avec profit des prix supérieurs aux niveaux de la concurrence pendant une longue période); et
- ii) La part de marché qui en résultera dans le pays, ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, donnera à une entreprise une position dominante ou entraînera une réduction sensible de la concurrence sur un marché dominé par un très petit nombre d'entreprises.

III. Procédures d'enquête

Des dispositions propres à permettre de procéder à des enquêtes sur les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, qui risquent de porter atteinte à la concurrence pourraient figurer dans une réglementation concernant les concentrations.

En particulier, aucune entreprise ne devrait, dans les cas relevant des alinéas précédents, procéder à une fusion avant l'expiration d'un délai d'attente de (...) jours à compter de la date de délivrance du reçu de la notification sauf si l'administration chargée de la concurrence réduit ce délai ou le prolonge d'une nouvelle période ne pouvant dépasser (...) jours avec le consentement des entreprises concernées, conformément aux dispositions des projets d'éléments pour l'article 7 ci-après. L'administration devrait être habilitée à exiger que les parties et les entreprises dans le marché considéré ou les branches commerciales en cause lui communiquent des documents et des attestations, étant entendu que les parties ne pourront bénéficier de ce délai supplémentaire si leur réponse est communiquée tardivement.

Si une audition contradictoire devant l'Administration de la concurrence ou devant un tribunal aboutit à une décision défavorable à l'opération, des mesures peuvent être prises pour empêcher ou même annuler les acquisitions ou fusions en cause dans les cas où elles sont susceptibles de réduire sensiblement la concurrence dans une branche commerciale dans la juridiction ou dans une partie importante du marché considéré au sein de la juridiction.

COMMENTAIRES DU CHAPITRE VI ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES

Notification, enquête et interdiction des fusions influant sur des marchés concentrés

I. Notification

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, doivent être notifiés lorsque:

i) L'opération envisagée accroît sensiblement la capacité d'exercer une position de force sur le marché (par exemple, en donnant la possibilité à une entreprise ou à un groupe d'entreprises agissant conjointement de maintenir avec profit des prix supérieurs aux niveaux de la concurrence pendant une longue période); et

ii) La part de marché qui en résultera dans le pays, ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, donnera à une entreprise une position dominante ou entraînera une réduction sensible de la concurrence sur un marché dominé par un très petit nombre d'entreprises.

1. Définitions

106. La concentration de la puissance économique s'opère notamment par voie de fusions, rachats, coentreprises et autres formes de prise de contrôle, comme les directions imbriquées. La fusion est l'union, en une seule et même entreprise, de deux entreprises ou plus «auparavant indépendantes les unes des autres», dont l'une ou plusieurs perdent leur identité. Le rachat d'une entreprise par une autre suppose habituellement que la seconde achète la totalité des actions de la première ou un pourcentage suffisant pour pouvoir exercer le contrôle et il peut avoir lieu sans le consentement de l'entreprise absorbée. Une coentreprise suppose la création d'une entreprise distincte par deux ou plusieurs entreprises.

107. Ces prises de contrôle pourraient parfois entraîner une concentration de la puissance économique qui peut être horizontale (par exemple, absorption d'un concurrent), verticale (par exemple, entre des entreprises dont l'activité se situe à des stades différents de l'activité de fabrication et de distribution) ou hétérogène (entre des entreprises appartenant à des branches différentes d'activité). Dans certains cas, les concentrations sont à la fois horizontales et verticales et les entreprises intéressées peuvent être originaires d'un seul ou de plusieurs pays¹³⁰. L'encadré 11 énumère les principales raisons pour lesquelles un contrôle des fusions doit être institué.

Encadré 12

Pourquoi instituer un contrôle des fusions?

Certains pays dotés de petits marchés estiment que le contrôle des fusions est inutile, car ils ne souhaitent pas empêcher la restructuration d'entreprises s'efforçant d'obtenir une «taille critique» qui leur permettra d'être compétitifs sur les marchés mondiaux. D'autres pays estiment que le fait d'avoir un «champion national» même en abusant d'une position de monopole sur le marché intérieur pourrait leur permettre d'être compétitifs à l'étranger sur des marchés tiers. On peut faire valoir deux objections à l'encontre de ces positions. Premièrement, il arrive souvent que des monopoles bénéficient souvent de leur «rente de monopole» sans devenir plus compétitifs à l'étranger, au détriment des consommateurs nationaux et, en fin de compte, du développement de l'économie dans son ensemble. Deuxièmement, si le marché local est ouvert à la concurrence des importations ou des investissements étrangers, le marché mondial pourrait être soumis au critère du contrôle des fusions, et le fournisseur national unique pourrait de toute façon être autorisé à procéder à des fusions. Il convient également de noter que l'interdiction d'un cartel, tout en étant dans l'impossibilité d'agir contre les membres du cartel s'ils procèdent à des fusions, est injustifiée. En outre, en s'abstenant d'instituer un système de contrôle, un pays d'accueil se prive des pouvoirs de mettre en cause des fusions et des acquisitions par des entreprises étrangères qui pourraient avoir des effets préjudiciables sur le territoire national.

D'une manière générale, le contrôle des fusions tend à prévenir la création, par des acquisitions ou d'autres regroupements structurels, d'entreprises qui voudront peut-être et pourront exercer une position de force sur le marché. Les fusions dans des marchés exceptionnellement concentrés, ou qui créent des entreprises dotées de parts de marché extrêmement élevées, risqueraient davantage de fausser la concurrence.

Suivant le degré d'expérience de l'Administration de la concurrence et d'une juridiction à l'autre, le critère de la légalité d'une fusion procède des lois sur l'exercice d'une position dominante ou l'application de restrictions ou doit être fondé sur un principe distinct établi et conçu en fonction des mesures de l'effet réel ou potentiel sur la concurrence et le processus concurrentiel. Dans des versions antérieures de la loi type, le contrôle des fusions avait donc été inclus dans les projets d'éléments pour les articles sur l'abus d'une position dominante.

La plupart des systèmes de fusion appliquent une certaine forme de critère de parts de marché, soit pour orienter les enquêtes, ou en tant que présomption sur la légalité des fusions. La plupart des systèmes définissent des procédures de notification préalable aux organes d'exécution avant la réalisation effective des opérations plus importantes et plus étendues, et des processus spéciaux pour entreprendre des enquêtes accélérées, afin que les problèmes puissent être recensés et réglés avant que la restructuration puisse être entreprise lorsque la fusion est réalisée.

L'analyse du contrôle des fusions comprend les aspects suivants:

- Définition du marché considéré sur une base géographique ou en fonction des produits;
- Caractérisation des produits qui sont ou peuvent être en concurrence;
- Entreprises qui pourraient être en concurrence;
- Parts relatives et importance stratégique de ces entreprises par rapport aux marchés des produits;
- Possibilité de l'arrivée de nouveaux concurrents et existence d'obstacles effectifs à la venue de nouveaux concurrents.

2. Notification et critères de notification

108. De nombreux États (par exemple les États-Unis et l'Union européenne) ont institué un système de notification pour le contrôle des fusions et autres types de prise de contrôle avant que la fusion ne soit chose faite. Certains pays ont maintenu un système obligatoire de notification après la réalisation effective de la fusion et quelques pays n'ont soumis le contrôle des fusions qu'à un processus de notification volontaire. Une liste des pays relevant de ces trois catégories figure dans un tableau de l'annexe 2. Dans la plupart des pays, la notification n'est obligatoire que lorsque les entreprises en cause ont atteint ou sont susceptibles d'atteindre un certain degré de concentration.

Les tableaux de l'annexe 3 donnent des exemples détaillés des seuils de déclenchement des systèmes de notification obligatoire (*ex ante* et *ex post*) ou volontaire dans un certain nombre de pays, ainsi que des indications sur l'ensemble du système de contrôle des fusions de certains pays développés et en développement et de pays en transition. Dans la province chinoise de Taiwan, dans l'amendement de 2002 au règlement de la FTL sur les fusions, l'autorisation préalable a cédé le pas à la notification. Le seuil à partir duquel la notification est obligatoire pour le secteur financier est de 10 milliards de dollars NT (2,9 milliards de dollars É.-U.). Pour le secteur non financier, le montant total des ventes des années antérieures dépasse 2 milliards de dollars NT (570 millions de dollars É.-U.) et celui des fusions dépasse 396 milliards de dollars NT (115 milliards de dollars É.-U.). En Arménie, les seuils pour la notification figurent dans l'article 9: si le revenu brut total des parties à la concentration a été supérieur à l'équivalent de 4 millions de dollars É.-U. en drams au cours de l'année qui a précédé la réalisation de la fusion, ou si l'une des parties, au moins, à cette concentration, est inscrite au registre des entités économiques ayant une position dominante sur le marché du produit concerné.

109. En outre, la loi arménienne (art. 10) régit les concentrations de la façon suivante:

i) Toute concentration entraînant une position dominante doit être interdite, sauf si cette concentration favorise le développement de la concurrence sur le marché du produit concerné;

ii) La concentration est autorisée sur la base d'une décision prise conformément à la procédure établie par la présente loi.

Au Chili, les opérations de concentration, d'acquisition ou de fusion ne sont pas soumises à une notification préalable. Dans la pratique, le contrôle des fusions est effectué par la Commission centrale de prévention, qui est habilitée à traiter les enquêtes sur les actes et les contrats existants qui pourraient violer la loi. Pour sa part, la Commission de décision a qualité pour examiner les fusions qui modifient ou limitent la concurrence, ainsi que les rachats et les prises de contrôle (résolution n° 639 du 23 janvier 2002). Dans la législation zambienne, la réglementation du contrôle des fusions, en vertu de l'article 8 de la loi, s'applique à toutes les fusions qui impliquent la prise de contrôle d'une participation importante à la totalité ou à une partie d'une entreprise concurrente, d'un fournisseur, d'un client ou de toute autre personne¹³¹. Aux termes de la loi autrichienne, les entreprises coopératives sont assujetties au contrôle des fusions si elles remplissent en permanence toutes les fonctions d'une entité économique indépendante.

110. Dans la loi indienne de 2002 sur la concurrence, la prise de contrôle d'une entreprise ou plus par une personne ou plus, ou la fusion d'entreprises doit être un regroupement de ces entreprises ou de ces personnes. Selon la loi, il appartient aux parties de soumettre volontairement une notification des accords ou des fusions envisagés à la Commission de la concurrence. Ce système de notification volontaire ne s'applique que si l'ensemble des actifs des parties associées dépassent certaines limites spécifiées. Des limites distinctes ont été spécifiées pour des groupes d'entreprises précis à participation croisée ou à direction imbriquée. Des limites relatives aux actifs distinctes ont été définies lorsque les actifs en cause sont d'une ampleur mondiale.

Les fusions qui ont ou sont susceptibles d'avoir des conséquences négatives sensibles pour la concurrence sur le marché considéré en Inde sont considérées comme nulles et de nul effet. La loi précise, dans le paragraphe 4 de son article 20, qu'il convient de prendre connaissance de ces différents facteurs pour pouvoir déterminer si une fusion a ou est susceptible d'avoir des effets négatifs sensibles sur la concurrence dans les marchés considérés¹³².

La législation zambienne ne définit pas les mots et expressions «fusion», «prise de contrôle», «contrôle paritaire», ou «coentreprise», ni la procédure de notification des fusions et des prises de contrôle. Toutefois, les renseignements nécessaires aux parties figurent dans des directives relatives aux fusions. Pour évaluer les fusions ou des prises de contrôle, la Commission cherche à savoir si l'opération envisagée est susceptible de prévenir, de fausser ou de réduire la concurrence sur un marché considéré. Cependant, certaines fusions et certaines prises de contrôle sont purement et simplement interdites par la loi. D'autres peuvent être autorisées par la Commission, et d'autres encore sont légales et n'ont pas besoin d'une autorisation officielle. C'est une infraction, en vertu de la loi, d'opérer une fusion entre deux entreprises ou plus, qui fabriquent ou distribuent des biens ou des services grandement similaires (fusions horizontales). La loi établit deux seuils, l'un concernant la situation de force unilatérale sur le marché (c'est-à-dire une situation dominante occupée par une seule entreprise), et l'autre concernant la situation des marchés concentrés, où elles peuvent s'associer, ou situation de force à caractère oligopolistique sur le marché¹³³. Les seuils sont établis de telle manière que la Commission s'intéresse aux fusions:

- Qui exercent une position de force unilatérale: l'entreprise absorbée a une part de marché supérieure à 50 %; et
- Qui exercent une position de force cumulée sur le marché: une entreprise dominante qui, associée à plus de deux entreprises indépendantes, possède plus de 50 % du marché.

111. Au Zimbabwe, la notification d'une fusion doit être soumise dans les trente jours qui précèdent la conclusion de l'accord de fusion entre les parties concernées ou de la prise de contrôle par l'une des parties ou d'une participation majoritaire dans une autre entreprise.

112. Les principaux indicateurs retenus pour juger du degré de concentration de la puissance économique sont les parts de marché, le chiffre d'affaires annuel total, le nombre de salariés et le total des actifs. D'autres éléments du jugement interviennent aussi, dont la structure générale du marché, le degré existant de concentration du

marché, les obstacles à l'implantation de nouveaux venus et la position concurrentielle des autres entreprises sur le marché considéré, ainsi que les avantages dont les entreprises intéressées bénéficient déjà et ceux qu'elles retireraient de l'acquisition envisagée. Il importe de noter que les systèmes d'autorisation ne visent nullement à dissuader les entreprises de se lancer dans des activités favorables à la concurrence¹³⁴. Aux termes de la loi algérienne, les concentrations économiques doivent être notifiées au Conseil de la concurrence lorsqu'elles ont un effet préjudiciable à la concurrence en renforçant considérablement la prépondérance commerciale d'une entreprise et représentent au moins 40 % des ventes ou achats sur le marché considéré. Toutefois, une opération de concentration rejetée par le Conseil peut encore être autorisée par le gouvernement au motif de l'intérêt public (si elle est justifiée par des objectifs économiques, en particulier afin de développer et de garantir la compétitivité des entreprises nationales par rapport à la concurrence internationale, de créer des emplois ou de mettre au point de nouvelles technologies)¹³⁵. Dans l'Union européenne, l'obligation de notifier une concentration dépend du chiffre d'affaires global au niveau mondial, au niveau de la Communauté ou au niveau national des entreprises considérées.

113. Par exemple, en 1989, l'Union européenne a adopté une vaste réglementation relative au contrôle des fusions dans son règlement n° 4064/89. Ce règlement a été très largement modifié en 1997, et «fait l'objet d'une nouvelle révision prévue pour entrer en vigueur au 1^{er} mai 2004» (France). Le règlement relatif aux fusions repose sur le principe du guichet unique: une fois que l'opération a déclenché l'exercice des pouvoirs de l'administration européenne de la concurrence (par exemple, la Commission européenne par l'intermédiaire de sa Direction générale de la concurrence), les administrations nationales de la concurrence des États membres ne peuvent appliquer leurs propres lois sur la concurrence à l'opération (sauf dans des circonstances très limitées). L'application de ce principe vise à renforcer la sécurité des entreprises à l'égard des opérations internationales (qui, s'il en était autrement, pourraient relever de multiples autorités nationales chargées du contrôle des fusions). Ce principe du guichet unique a été renforcé par la modification de ce règlement, qui a été adoptée en vue de réduire la nécessité pour les

milieux d'affaires de présenter des demandes multiples auprès des organes nationaux de contrôle des fusions^{136, 137}.

114. Jusqu'au 1^{er} mars 1998, le règlement exigeait la notification de toutes les fusions ou acquisitions entre entreprises ayant un chiffre d'affaires global de 5 milliards d'euros, chacune réalisant un chiffre d'affaires d'au moins 250 millions d'euros dans la Communauté européenne, sauf si chacune des parties réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires global au niveau de la Communauté dans un seul et même État. Depuis le 1^{er} mars 1998, le règlement relatif aux fusions a aussi été appliqué aux plus petites concentrations qui ont des effets importants dans au moins trois États membres. Le règlement s'applique aux concentrations lorsque le chiffre d'affaires global des parties au niveau de la Communauté est supérieur à 2,5 milliards d'euros, et lorsque le chiffre d'affaires de chacune de deux parties au moins au niveau de la Communauté est supérieur à 100 millions d'euros et lorsque dans chacun de trois États membres au moins, le chiffre d'affaires global de toutes les parties dépasse 100 millions d'euros et, dans chacun des États membres qui viennent d'être mentionnés, le chiffre d'affaires de chacune de deux parties au moins est supérieur à 25 millions d'euros, sauf si chacune des parties réalise les deux tiers de son chiffre d'affaires global au niveau de la Communauté dans un seul et même État membre.

115. Ces opérations doivent être notifiées et elles sont suspendues pendant quatre mois si une enquête est ouverte. Il est rare que des sociétés s'abstiennent de respecter l'obligation de notification: par exemple, dans l'Union européenne, au cours de dix années d'application du règlement, la Commission n'a pour la première fois infligé une sanction financière à une entreprise pour défaut de notification d'une concentration dans les délais prescrits qu'en 1998¹³⁸. Les fusions qui n'atteignent pas le seuil indiqué peuvent encore être soumises au contrôle des autorités nationales des États membres lorsqu'elles atteignent les seuils juridictionnels fixés par la législation nationale. Il y a également des exceptions qui peuvent, le cas échéant, ramener une fusion dans le domaine de compétence d'un État membre¹³⁹ ou, inversement, ramener une candidature relevant d'un – ou de plus d'un – contrôle national dans le domaine de compétence de la Communauté¹⁴⁰.

Dans la pratique actuelle de la Communauté européenne, le délai d'attente normal (le délai pour la première phase) est de un mois et est automatiquement prolongé à six semaines si les parties à la fusion s'engagent à le respecter («mesures correctives») ou si les États membres demandent que l'affaire soit déférée devant eux. Le délai d'attente peut être prolongé unilatéralement de quatre mois supplémentaires («phase II») par la Commission (c'est-à-dire sans le consentement des parties qui opèrent la fusion) si elle juge que cette affaire laisse planer de graves doutes quant à sa compatibilité avec les règles du marché commun. La Commission européenne peut accorder des dérogations à l'effet suspensif, c'est-à-dire qu'elle peut autoriser les parties concernées à effectuer partiellement ou complètement leur opération. Voir les articles 7 et 10 du règlement CE sur les concentrations. Il est à noter que certaines modifications du système EC de délais maximaux, y compris de nouvelles possibilités de souplesse, figurent dans la proposition d'une nouvelle réglementation relative aux fusions (art. 10) faite par la Commission. Le système EC de contrôle des fusions donne également la possibilité d'annuler les fusions d'entreprises (voir l'article 8 4) du règlement CE sur les concentrations). Cette disposition sera clarifiée et complétée dans le nouveau règlement CE sur les concentrations qui est proposé (art. 8 4) et 8 5)).

3. Types de concentrations

116. La prise de contrôle de caractère horizontal est manifestement le genre d'opération qui contribue le plus directement à la concentration de la puissance économique et qui est le plus propre à créer une position dominante de force sur le marché et, partant, à réduire ou à supprimer la concurrence¹⁴¹. C'est pourquoi la législation en matière de pratiques commerciales restrictives, dans de nombreux pays développés et en développement, institue un contrôle rigoureux sur la fusion ou l'intégration d'entreprises concurrentes. De fait, l'un des objets principaux de la législation antimonopole est de maîtriser l'expansion du pouvoir de monopole, qui est souvent le résultat direct de l'intégration de concurrents en une seule entité. Les prises de contrôle de caractère horizontal peuvent aussi se produire par des moyens autres que les fusions: rachats, coentreprises ou directions imbriquées. L'intégration horizontale, même entre petites

entreprises, si elle ne fausse pas nécessairement la concurrence sur le marché, peut néanmoins créer des conditions propres à déclencher une concentration plus poussée de la puissance économique et l'apparition d'oligopoles.

117. Quand la prise de contrôle se fait par la création d'une coentreprise, il convient d'abord d'établir si l'accord est du type proscrit par les projets d'éléments pour l'article 3 et comporte des clauses de répartition ou est de nature à conduire à une répartition des ventes et de la production.

118. La prise de contrôle de caractère vertical concerne des entreprises situées à des stades différents du circuit de production et de distribution et risque d'avoir un certain nombre d'effets négatifs. Par exemple, un fournisseur qui fusionne avec un client peut étendre sa mainmise sur le marché en fermant un débouché effectif ou virtuel aux produits de ses concurrents. En absorbant un fournisseur, un client peut, de la même façon, limiter l'accès de ses concurrents aux approvisionnements.

119. La prise de contrôle de caractère hétérogène, unissant des sociétés qui ne sont ni des concurrents, ni des entreprises ayant un lien vertical, est beaucoup plus difficile à maîtriser car, selon toute apparence, son existence ne devrait pas modifier la concurrence sur les marchés. L'élément le plus important à prendre en considération est dès lors le surcroît de puissance financière que l'opération donnera aux parties en cause. Un renforcement considérable de la puissance financière du nouvel ensemble pourrait élargir son champ d'action et son pouvoir vis-à-vis des concurrents effectifs ou virtuels à la fois de l'entreprise absorbée et de l'entreprise acquéreur, surtout si l'une ou l'autre, ou les deux, occupent une position dominante sur le marché. Des effets de gamme ou de portefeuille de marques peuvent également jouer et créer une restriction de concurrence, notamment dans les relations entre fournisseurs et distributeurs.

120. Prise de contrôle transfrontière. Toute prise de contrôle par fusion, rachat ou autres moyens, où intervient une société transnationale, devrait être examinée de près dans tous les pays où la société opère, car ce genre d'opération, qu'il ait lieu uniquement à l'intérieur d'un même pays ou à l'étranger, peut avoir des effets directs ou indirects sur les activités d'autres unités de l'entité éco-

nomique considérée, notamment en entraînant la disparition d'un concurrent potentiel. Dans la province chinoise de Taiwan, le TFTC prend en compte les éléments suivants lorsqu'il connaît d'affaires de fusion extraterritoriale:

- 1) L'importance relative des effets de cette fusion sur le marché national et sur les marchés étrangers;
- 2) La nationalité, le lieu d'établissement et les principaux lieux où les entreprises concernées exercent leurs activités;
- 3) La volonté claire d'influer sur la concurrence sur les marchés du ROC et la prévisibilité de leurs effets sur cette concurrence;
- 4) La probabilité que ces fusions créent des incompatibilités avec les lois ou les politiques des pays d'origine des entreprises qui font l'objet de la fusion;
- 5) La possibilité d'appliquer les dispositions administratives;
- 6) Les conséquences de cette application sur les entreprises étrangères;
- 7) Les règles des conventions internationales et des traités internationaux, ou les règlements des organisations internationales; et
- 8) D'autres facteurs jugés importants par la Commission de la concurrence.

Si aucune des entreprises qui sont parties prenantes dans une affaire de fusion extraterritoriale ne dispose d'installations de production ou de services, de distributeurs, d'agents ou de réseau de distribution important sur le territoire de la province chinoise de Taiwan, le tribunal n'est pas compétent¹⁴².

121. En Australie, par exemple, un texte portant modification de la loi de 1986 sur les pratiques commerciales afin de la renforcer et de la rendre plus efficace en a étendu le champ d'application aux fusions opérées hors frontières par des sociétés étrangères ayant des filiales en Australie. Aux termes du premier alinéa de l'article 50 A, le tribunal peut, à la demande du ministre, de la Commission ou de toute autre personne, constater que la personne détenant, à la suite de

l'acquisition d'une société, une participation majoritaire (au sens de l'alinéa 8 de l'article 50 A) dans une ou plusieurs sociétés, dominerait ou risquerait de dominer un marché important de biens ou de services en Australie, et que cette acquisition ne servira pas l'intérêt public. L'expression «marché important de biens ou de services» est utilisée pour bien montrer que la disposition s'applique uniquement aux marchés d'une ampleur analogue à celle des marchés visés par l'article 50¹⁴³.

122. Des exemples intéressants de décision prise contre des fusions opérées hors des frontières nationales, mais ayant des effets sur le territoire national, sur lesquelles l'Office fédéral allemand des cartels a eu à statuer, sont ceux des affaires *Bayer/Firestone* et *Phillip Morris/Rothmans et USA*¹⁴⁴, ainsi que les autorités françaises dans l'affaire *Boeing/Jeppesen*¹⁴⁵. Il est à noter que plusieurs cas de pratiques commerciales restrictives ayant eu des incidences dans plusieurs pays se sont produits, qui ont donc été examinés par diverses autorités nationales. Par exemple, en 1998, 14 affaires concernant plusieurs autorités nationales de l'UE ont été notifiées à la Commission européenne. Les cas des fusions Gillette/Wilkinson et de Boeing/McDonnell Douglas sont, à cet égard, particulièrement éloquent¹⁴⁶.

123. Il y a direction imbriquée quand une personne est membre du conseil d'administration de deux entreprises ou plus, ou quand les représentants de deux entreprises ou plus font partie du conseil d'administration d'une même entreprise. Il peut y avoir direction imbriquée entre sociétés mères, entre la société mère d'une entreprise et une filiale d'une autre société mère, ou entre filiales de sociétés mères différentes. En général, cette situation résulte d'une interdépendance financière et de participations croisées.

124. Les directions imbriquées peuvent influencer la concurrence de diverses façons. Elles peuvent aboutir à un contrôle administratif tel que les décisions d'investissement et de production conduisent en fait à l'élaboration, entre les entreprises, de stratégies communes en matière de prix, de répartition des marchés et autres activités concertées visées à l'article 3. Les directions imbriquées verticalement sont de nature à entraîner une intégration verticale des activités, par exemple entre fournisseurs et clients, à

décourager l'expansion vers des secteurs concurrentiels et à favoriser des accords de réciprocité entre les entreprises. Les liens entre les organes directeurs d'entreprises financières et de sociétés non financières peuvent être à l'origine de conditions de financement discriminatoires à l'égard des concurrents et faciliter les prises de contrôle de caractère vertical-horizontale ou hétérogène¹⁴⁷.

125. Il importe de noter que l'imbrication des directions, si elle n'est pas soumise à un contrôle efficace, peut être un moyen de tourner une législation bien conçue et rigoureusement appliquée en matière de pratiques commerciales restrictives¹⁴⁸. Les États souhaiteront donc peut-être envisager de rendre obligatoire la notification des directions imbriquées et de les assujettir à une approbation préalable, que l'imbrication unisse des entreprises concurrentes ou qu'elle soit verticale ou hétérogène.

CHAPITRE VII

Les relations entre une autorité de la concurrence et les organismes de réglementation, y compris les organismes sectoriels

I. Promotion par les autorités de la concurrence de la réglementation et de la réforme de la réglementation

126. Toute réglementation économique ou administrative émanant des pouvoirs publics, y compris les collectivités locales autonomes, ou d'organismes auxquels l'État a délégué des pouvoirs, surtout si elle a trait à des secteurs exploités par des branches de services d'infrastructure, devrait être soumise avant son adoption aux autorités de la concurrence pour examen suivant une procédure transparente, dès lors qu'elle limite l'indépendance et la liberté d'action des agents économiques et/ou crée des conditions discriminatoires ou, au contraire, avantageuses pour certaines entreprises – publiques ou privées – et/ou aboutit ou risque d'aboutir à une limitation de la concurrence et/ou une atteinte aux intérêts des entreprises ou des citoyens.

127. En particulier, les obstacles réglementaires à la concurrence que comporte la réglementation considérée devraient être évalués par les autorités de la concurrence dans une perspective économique, notamment pour des raisons d'intérêt général.

II. Définition de la réglementation

128. Le terme «réglementation» désigne les divers instruments par lesquels les pouvoirs publics imposent des obligations aux entreprises et aux particuliers. Il recouvre donc les lois, les décrets, arrêtés et autres actes administratifs, les directives administratives moins formelles et les règles dérivées émanant des autorités publiques de tous les niveaux, mais aussi les règles édictées par les organismes non gouvernementaux ou les ordres et autres organismes autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires.

III. Définition des obstacles réglementaires à la concurrence

129. À la différence des obstacles structurels et des obstacles stratégiques, les obstacles réglementaires à l'accès au marché procèdent de textes édictés ou d'actes accomplis par l'État, les collectivités décentralisées et les organismes non gouvernementaux ou autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires. Ils comprennent les obstacles administratifs à l'accès au marché, les droits exclusifs et les agréments, licences et autres permis que les entreprises doivent obtenir pour exercer leur activité.

IV. Protection de l'intérêt général

130. Indépendamment de leur nature ou de leur rapport avec le marché, certaines activités de service exercées par des entreprises privées ou publiques peuvent être considérées par le gouvernement comme des activités d'intérêt général. En conséquence, les prestataires de services d'intérêt général peuvent être assujettis à des obligations spécifiques, comme celle de garantir l'accès universel à divers types de services de qualité à des prix abordables. Ces obligations, qui relèvent de la réglementation sociale et économique, devraient être établies dans la transparence.

131. Il est communément admis que la politique de la concurrence a globalement pour but de réduire à un minimum les pertes d'efficacité économique que les comportements anticoncurrentiels entraînent sur les marchés¹⁴⁹. Cette politique ne consiste pas seulement en l'application du droit de la concurrence, elle comprend aussi la libéralisation et la déréglementation des échanges commerciaux dans

l'intérêt économique des consommateurs. Le droit et la politique de la concurrence sont destinés à régler les comportements non concurrentiels des entreprises, tandis que la déréglementation vise à réduire au minimum l'intervention de l'État qui fausse le jeu du marché. Le projet d'article 5 contient quatre éléments de définition concernant le rôle de promotion des autorités chargées de la concurrence, la réglementation, les obstacles réglementaires à la concurrence et la protection de l'intérêt général. En Inde, par exemple, en vertu de l'article 49 de la loi de 2002 sur la concurrence, lorsqu'il élabore une politique relative à la concurrence (et lorsqu'il procède à une révision des lois sur la concurrence), le gouvernement central peut solliciter, sur les effets possibles de cette politique sur la concurrence, l'avis de la Commission qui communiquera sa réponse dans un délai de soixante jours, à la suite de quoi ledit gouvernement central pourra élaborer sa politique comme il le jugera bon. L'avis de la Commission sur la concurrence n'est pas contraignant pour la mise au point de la politique par le gouvernement central. La Commission doit prendre des mesures qui servent la promotion de la concurrence, en sensibilisant le public et en prévoyant une formation en matière de concurrence.

132. Toute réglementation économique ou administrative émanant des pouvoirs publics, y compris les collectivités locales autonomes, ou d'organismes auxquels l'État a délégué des pouvoirs, surtout si elle a trait à des secteurs exploités par des branches de services d'infrastructure, devrait être soumise avant son adoption aux autorités de la concurrence pour examen suivant une procédure transparente, dès lors qu'elle limite l'indépendance et la liberté d'action des agents économiques et/ou crée des conditions discriminatoires ou, au contraire, avantageuses pour certaines entreprises – publiques ou privées – et/ou aboutit ou risque d'aboutir à une limitation de la concurrence et/ou une atteinte aux intérêts des entreprises ou des citoyens.

133. En particulier, les obstacles réglementaires à la concurrence que comporte la réglementation considérée devraient être évalués par les autorités de la concurrence dans une perspective économique, notamment pour des raisons d'intérêt général.

Les éléments proposés soulèvent deux questions qui demandent à être traitées séparément.

1. Pourquoi les gouvernements prêtent-ils une attention particulière à l'exercice de certaines activités économiques?

134. Les gouvernements ont tendance à élaborer des règlements aussi larges que fouillés, en particulier pour les grandes branches de services d'infrastructure. Ces dernières, également dénommées «entreprises de service public» ou «services publics», assurent des activités indispensables aux consommateurs pour adopter les modes de vie modernes ou fournissent à de nombreuses composantes de l'économie nationale des moyens de production dont elles ne peuvent se passer, comme l'électricité, le gaz, la production et la distribution d'eau, la gestion des déchets solides, les télécommunications, la télévision par câble, la distribution du courrier et les transports publics (aérien, routier ou ferroviaire)¹⁵⁰.

135. Si les gouvernements des pays en développement et des pays en transition aussi bien que des pays développés attachent une grande importance aux branches de services d'infrastructure, c'est essentiellement pour quatre raisons. Les conditions d'exploitation qu'ils leur imposent les distinguent des branches d'activité ordinaires de l'économie nationale traditionnellement concurrentielles par quatre types de prescription: contrôle de l'accès, fixation ou plafonnement des prix, qualité et modalités de prestation du service.

136. La première raison de l'intérêt qu'ils leur portent est que ces branches de services sont d'une importance fondamentale pour la bonne tenue de l'économie du fait qu'elles alimentent tous les autres secteurs d'activité. Les conditions de leur exploitation et leur efficacité peuvent déterminer non seulement la productivité et la compétitivité d'un pays dans son ensemble, mais encore l'ordre social et même la stabilité politique si les consommateurs manifestent un mécontentement général. C'est leur nature même qui fait qu'elles ont souvent des obligations de service public ou universel à assumer, ce qui veut dire que les entreprises – publiques ou privées – qui en font partie sont tenues de fournir tel ou tel service même si la chose est antiéconomique pour elles. Les branches de services d'infrastructure risquent

donc de ne pas être compétitives lorsqu'il existe des restrictions réglementaires à la concurrence pour l'activité considérée. Ces restrictions sont imposées pour des raisons diverses mais, le plus souvent, pour permettre à une entreprise de trouver par ailleurs une source de recettes lui assurant de quoi financer les activités et services non commerciaux que sa mission lui prescrit. À titre d'exemple, un opérateur postal national est souvent protégé contre la concurrence pour le courrier ordinaire, ce qui se justifie au motif que c'est nécessaire si l'on veut préserver le subventionnement croisé de la distribution des lettres dans les zones où elle coûte cher, comme les campagnes. Il s'ensuit que la réforme de ces secteurs qui sont indispensables à l'activité d'un pays et sont mis à l'abri de la concurrence pour des raisons d'ordre social et politique est souvent une question extrêmement politisée.

137. Deuxième raison, les activités de ces branches de services d'infrastructure ne peuvent être exercées que par un très petit nombre d'exploitants au niveau national; en d'autres termes, la plupart des administrations publiques, notamment locales (villes, provinces ou États fédérés, par exemple), ont affaire avec elles à un pouvoir de négociation très fort et très concentré. Dans de nombreux pays, l'État central ou les administrations locales ont décidé de prendre en main directement les services d'infrastructure.

138. La troisième raison, qui a un rapport avec la réglementation et la concurrence, est que ces services impliquent souvent des obstacles considérables à l'entrée ou à la sortie, tel les coûts irréversibles, qui sont irrécupérables une fois engagés. En particulier, l'ordre de succession des opérations est important en ce qui concerne la réglementation: souvent, il faut d'abord que soient effectués de gros investissements, qui laissent les investisseurs très engagés vis-à-vis du marché, et ce n'est que dans un deuxième temps que des rentes ou recettes se matérialiseront sur une période de plusieurs années. Cela signifie que, pour attirer des investissements privés spontanés, les auteurs du régime réglementaire doivent faire en sorte que celui-ci soit crédible et prévisible. Ce souci de crédibilité est fréquent chez les décideurs du Trésor. Assurer la crédibilité et la prévisibilité est l'une des tâches fondamentales de tout organisme de réglementation.

139. La quatrième et dernière raison expliquant que les gouvernements attachent beaucoup d'importance au secteur des services d'infrastructure tient aux effets que celui-ci a sur l'offre, les coûts et la demande, du fait qu'il n'est pas constitué d'une seule activité homogène, mais comprend un certain nombre de composantes distinctes, dont certains éléments ne sont pas à même de soutenir la concurrence, généralement à cause de la présence d'économies d'échelle – lorsqu'une seule entreprise, dans un domaine déterminé, peut répondre à la demande du marché avec plus d'efficacité que n'importe quelle combinaison de deux ou plusieurs entreprises. Cette entreprise qui ne peut pas soutenir la concurrence a d'ordinaire besoin d'un privilège ou droit exclusif d'utilisation d'un bien public appartenant à l'État et que celui-ci doit lui donner ou lui prêter. Une branche de services d'infrastructure peut aussi ne pas être capable de soutenir la concurrence à cause de la présence d'«effets de réseau» ou d'«économies d'échelle du côté de la demande» – lorsque la demande des services d'une entreprise augmente avec la consommation de ces services¹⁵¹.

140. Dans l'optique particulière des pays en développement, il convient de souligner que, du fait de la structure du marché, la recherche de gains d'efficacité par la réforme de la réglementation et l'ouverture des branches d'activité réglementées à la concurrence suscitent souvent de sérieuses préoccupations.

141. On a par exemple observé récemment et à plusieurs reprises qu'en Amérique du Sud la réforme des services publics avait été engagée sans qu'une évaluation du marché ait été envisagée avant la privatisation des participations de l'État dans le secteur des infrastructures, alors que les activités, réglementées et non réglementées, qui structuraient le marché étaient généralement logées à la même enseigne, par suite de l'intervention antérieure de l'État¹⁵². C'est aussi ce qui se passe actuellement dans les pays en développement d'Asie à mesure qu'ils se lancent dans la révision de leur réglementation. Dernièrement, par exemple, un représentant de la Papouasie-Nouvelle-Guinée soulignait que les restrictions imposées aux entreprises par la réglementation ou par le fait qu'elles sont la propriété de l'État constituent une entrave à la concurrence. Dans ce pays, les réglementations en vigueur ont été mises en place à une époque où

l'on faisait davantage confiance à la réglementation, mais où l'on en mesurait moins bien les coûts:

«C'est le cas, par exemple, des monopoles accordés par la loi aux entreprises de service public, des arrangements d'organisation du marché de nombreux produits agricoles et des régimes de licences applicables à diverses activités professionnelles et professions libérales. Le Groupe de travail des services centraux va procéder à un examen des obstacles à l'entrée... Des réformes de structure s'imposeront sans doute pour démanteler les entreprises ayant sur le marché une position de force excessive qui risque d'entraver l'introduction d'une concurrence effective. Pour que la privatisation atteigne son objectif en améliorant l'efficacité, il importe de commencer par mener à bien ces réformes structurelles. Cela exigera une double séparation structurelle – celle des fonctions réglementaires et des fonctions commerciales et celle des monopoles naturels et des activités qui pourraient soutenir la concurrence.»¹⁵³.

142. Les exemples donnés par le représentant de la Papouasie-Nouvelle-Guinée montrent bien que les préoccupations des pays en développement sont effectivement très proches de celles des pays développés. Dans ces derniers pays, la réglementation efficace a toujours fait la distinction entre les segments du réseau qui pourraient soutenir la concurrence et les segments de la production et du commerce de détail généralement considérés comme des monopoles naturels qui ne le pourraient pas. Les segments potentiellement compétitifs sont, par exemple, les services à longue distance dans le secteur des télécommunications, la production dans celui de l'électricité et le transport dans celui des chemins de fer; au contraire, dans ces mêmes secteurs, la boucle locale, le réseau de transport et les voies, respectivement, ne le sont pas et demeurent d'ailleurs souvent réglementés après la réforme de la réglementation. Il est évident que l'absence de séparation effective entre les deux types de segment assure une position de force sur le marché aux entreprises qui exploitent les infrastructures de réseau. Cette emprise, exercée aux dépens des autres exploitants et des consommateurs, devrait être tenue en bride.

2. Quel devrait être le rôle des autorités de la concurrence à l'égard de la réglementation?

143. Du point de vue de la structure du marché, les autorités de la concurrence devraient être consultées lorsqu'un processus de réforme de la réglementation est engagé dans le cadre d'un programme de privatisations. Elles devraient se voir conférer par la loi le pouvoir d'imposer aux monopoles existants des mesures de démantèlement ou de limiter ou interdire les fusions qui portent atteinte aux structures concurrentielles du marché. Si ce n'est pas le cas, faute de ressources humaines, par exemple, il faudrait leur ménager la possibilité de suggérer des mesures de démantèlement ou des contrôles des concentrations à une autorité exécutive qui, elle, possède ces pouvoirs¹⁵⁴. Néanmoins, il est manifeste que le modèle dominant de distribution des rôles entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation est rarement celui dans lequel les autorités de la concurrence remplacent purement et simplement les organismes de réglementation.

144. Cela dit, il est intéressant de voir quels sont les rapports entre les autorités chargées de la concurrence et les organismes de réglementation sectoriels dans la plupart des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Il ressort d'une étude de ces rapports que l'intervention des autorités de la concurrence peut utilement stimuler le jeu de la concurrence lorsque des entreprises d'un secteur réglementé abusent de leurs privilèges au détriment des intérêts des consommateurs et de l'efficacité des entreprises qui font appel à leurs services réglementés. De la dérégulation, telle qu'elle s'est déroulée dans la plupart des pays développés, il y a surtout quatre observations à tirer:

145. Premièrement, il existe des régimes réglementaires spécifiques dans de nombreux secteurs de l'économie nationale dans les pays de l'OCDE et les pays en développement; ils sont particulièrement répandus dans des secteurs comme les télécommunications, l'électricité, les chemins de fer et le gaz naturel, mais on en trouve aussi dans la radiodiffusion, l'aviation civile, la télévision par câble, les transports maritimes, les produits pharmaceutiques, les minéraux radioactifs, les boissons alcoolisées, les assurances, la banque, le transport interurbain par autobus et par camion, la distribution d'eau et bien d'autres encore.

146. Deuxièmement, il n'y a pas de modèle unique des relations entre les responsables des réglementations purement sectorielles et les autorités de la concurrence qui soit appliqué dans plusieurs, ni même, parfois, un seul pays. Les autorités de réglementation peuvent parfois être chargées de l'application des règles de concurrence dans les secteurs qui relèvent de leur compétence. C'est le cas en Colombie, par exemple, où les organes de réglementation de l'énergie et du gaz, des télécommunications, de l'eau, des services publics et des banques sont chargés de faire respecter la concurrence chacune dans leur secteur, tandis que l'Autorité de la concurrence le fait uniquement dans les secteurs non réglementés. Cependant, un modèle particulier, la formule de la division du travail selon le mandat, semble un peu plus courant que les autres. Il est sûr, en tout cas, que les responsables des réglementations sectorielles devraient être séparés des entreprises ou entités réglementées et assumer l'obligation de rendre des comptes et celle de préserver leur indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, indépendance qu'il faudrait d'ailleurs garantir par des changements institutionnels. Comme les représentants de la République de Corée l'ont récemment indiqué à plusieurs reprises, étant donné que l'application du droit de la concurrence dans différents secteurs peut être la source de contradictions, les organismes de réglementation devraient commencer par consulter les autorités de la concurrence et agir en coordination avec elles¹⁵⁵.

147. Troisièmement, dans les pays qui ont dérégulé un peu plus tôt que les autres, une démarche assez pragmatique semble s'être dégagée, qui diffère en pratique d'un secteur à l'autre. Les pays qui se sont mis un peu plus tard à la libéralisation paraissent bien avoir procédé de manière plus systématique, mais certains pays qui avaient libéralisé les premiers ont parfois aussi rationalisé leurs systèmes de réglementation par la suite. En Allemagne, par exemple, la loi du 1^{er} juillet 2005 sur le secteur de l'énergie prévoit la réglementation complète de la zone couverte par le réseau et vise à accroître la concurrence dans le transport d'énergie par réseau (marchés de l'électricité et du gaz). L'organisme fédéral chargé du réseau réglemente l'accès non discriminatoire des tiers au réseau et régit les coûts d'utilisation du système, tandis que les autorités de la concurrence sont chargées de contrôler les abus

sur les marchés d'amont et d'aval relatifs aux réseaux et de prendre des mesures concernant les ententes et les fusions.

148. Enfin, la terminologie employée varie beaucoup selon les pays. Quelques-uns font une distinction entre réglementation technique, réglementation économique, et application du droit de la concurrence, mais parfois il semble que la «réglementation économique» englobe la politique de concurrence. Dans quelques pays de l'OCDE, on constate aussi une tendance à employer les termes «réglementation économique» et «réglementation technique» comme s'ils étaient interchangeables.

II. Définition de la réglementation

Le terme «réglementation» désigne les divers instruments par lesquels les pouvoirs publics imposent des obligations aux entreprises et aux particuliers. Il recouvre donc les lois, les décrets, arrêtés et autres actes administratifs, les directives administratives moins formelles et les règles dérivées émanant des autorités publiques de tous les niveaux, mais aussi les règles édictées par les organismes non gouvernementaux ou autres

organismes professionnels autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires.

Une réglementation peut viser différents types d'objectifs. La réglementation économique, la réglementation sociale et la réglementation administrative sont les principales catégories d'intervention des pouvoirs publics qui peuvent peser sur le marché. La réglementation économique est faite de prescriptions qui jouent directement dans les décisions concernant le marché, comme la fixation des prix, la concurrence et l'entrée ou la sortie. La réglementation sociale recouvre les prescriptions qui protègent l'intérêt général dans des domaines comme la santé, la sécurité, l'environnement et la cohésion sociale. La réglementation administrative englobe tous les documents et formalités à travers lesquels les pouvoirs publics recueillent de l'information et interviennent dans les décisions économiques individuelles. Lorsqu'elles arrêtent les principes de leur réglementation, les autorités de la concurrence devraient avoir la possibilité d'évaluer les effets éventuels de la réglementation envisagée du point de vue de l'efficacité (voir l'encadré 13).

Encadré 13

Principes d'efficacité à suivre dans la réglementation pour supprimer les obstacles réglementaires à la concurrence

Les principes d'efficacité devraient être intégrés aux processus internes d'élaboration des réglementations, tant en matière sociale et économique que pour les formalités administratives. Ils sont particulièrement utiles dans le cas de l'intégration économique régionale. Ce sont:

- *La non-discrimination, surtout sur le chapitre des normes.* Les produits et services similaires devraient bénéficier de l'égalité des chances dans la concurrence, quel que soit leur pays d'origine. Il faudrait faire reposer la réglementation technique sur des normes de performance au lieu de normes de conception et recourir à des taxes ou à des permis négociables à la place de la réglementation. Lorsqu'il y a lieu et que c'est faisable, il faudrait fonder les réglementations internes sur les mesures harmonisées au niveau international;
- *Reconnaissance de l'équivalence des mesures réglementaires prises par les autres pays.* Lorsqu'il n'est pas possible, nécessaire ou souhaitable de recourir à des mesures harmonisées au niveau international, on peut réduire les effets négatifs que les disparités réglementaires et les systèmes d'évaluation de la conformité qui font double emploi créent sur les marchés internationaux en reconnaissant l'équivalence des mesures réglementaires prises par les partenaires commerciaux ou les résultats des évaluations de la conformité faites dans d'autres pays.

Source: Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation, Paris, 1997.

III. Définition des obstacles réglementaires à la concurrence

149. À la différence des obstacles structurels et des obstacles stratégiques, les obstacles réglementaires à l'accès au marché procèdent de textes édictés ou d'actes accomplis par l'État, les collectivités décentralisées et les organismes non gouvernementaux ou autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires. Ils comprennent les obstacles administratifs à l'accès au marché, les droits exclusifs et les agréments, licences et autres permis que les entreprises doivent obtenir pour exercer leur activité.

Les obstacles réglementaires à la concurrence sont les mesures prises par les administrations publiques (centrale ou fédérale et locales) ou par des organismes agissant en vertu d'une délégation de l'État, qui empêchent ou entravent le jeu effectif de la concurrence et qui, en dernière analyse, débouchent sur une perte de bien-être. On en trouve dans des activités aussi variées que les télécommunications, les services financiers (banque et assurances), les services professionnels aux entreprises (comptables, juristes, architectes, etc.) et le secteur de l'énergie (électricité, gaz), comme l'attestent de très nombreux écrits¹⁵⁶. Ces mesures, qui peuvent avoir une incidence négative sur l'entrée sur le marché, la sortie du marché et le fonctionnement du marché, prennent toutes sortes de formes, notamment:

- Des restrictions à la concurrence, en instituant des normes et critères peu courants qui se ramènent à des obstacles à l'entrée ou en empêchant les entreprises étrangères de s'engager dans la concurrence sur le marché national;
- La mise hors jeu de la concurrence, en éliminant ou en excluant certaines activités du champ d'application des lois sur la concurrence¹⁵⁷;
- La création de distorsions faussant la concurrence lorsque, par exemple, des interventions artificielles des pouvoirs publics modifient la position concurrentielle de certaines entreprises (par des décisions arbitraires en matière de politique de passation des marchés publics, notamment).

150. Les obstacles réglementaires à la concurrence n'ont pas uniquement trait à l'accès au marché, ils peuvent aussi empêcher la sortie du marché, par l'octroi de subventions publiques ou par l'octroi ou la prorogation de droits monopolistes. De plus, ils peuvent rendre plus difficile la réaffectation de ressources d'un secteur ou d'un segment du marché à un autre. Ils peuvent être considérés comme des obstacles à la mobilité, qui empêchent le transfert de ressources dans des secteurs ou segments plus efficaces et se soldent finalement par une perte d'efficacité dans l'allocation de ressources.

IV. Protection de l'intérêt général

151. Indépendamment de leur nature ou de leur rapport avec le marché, certaines activités de service exercées par des entreprises privées ou publiques peuvent être considérées par le gouvernement comme des activités d'intérêt général. En conséquence, les prestataires de services d'intérêt général peuvent être assujettis à des obligations spécifiques, comme celle de garantir l'accès universel à divers types de services de qualité à des prix abordables. Ces obligations, qui relèvent de la réglementation sociale et économique, devraient être établies dans la transparence.

152. En élaborant leur cadre réglementaire, plusieurs pays ont jugé nécessaire de protéger l'«intérêt» général. Cette responsabilité est généralement déléguée à différents types d'autorités ou d'entités publiques. Parmi ces entités, des administrations locales peuvent intervenir dans le fonctionnement du marché concerné à plusieurs égards. Le rôle de ces collectivités locales devrait donc être analysé dans le cadre de l'interaction de la réglementation et de la concurrence¹⁵⁸.

1. Protection de l'intérêt général et réglementation

153. La protection de l'intérêt général est l'élément sur lequel repose le plus souvent la réglementation. Dans le cas où il aura été constaté que le libre jeu de la concurrence ne peut pas donner ou ne donne pas de résultats suffisants en ce qui concerne la qualité, la régularité, le caractère abordable, la desserte territoriale et la sécurité des services d'intérêt général ordinairement assuré par le secteur des services

d'infrastructure, les gouvernements devraient avoir la faculté d'imposer des réglementations non discriminatoires et transparentes à tous les opérateurs du marché. Cette manière de garantir la fourniture des services présentant un intérêt économique général sans nuire à la concurrence a fait l'objet de recherches et d'études approfondies au sein de l'Union européenne, à l'occasion de la préparation de textes destinés à libéraliser divers secteurs de l'économie¹⁵⁹.

2. Réglementation, concurrence et collectivités locales

154. Dans les États où la division des pouvoirs entre les autorités fédérales et les États fédérés ou les autorités régionales est poussée, les réglementations locales sont souvent invoquées par des opérateurs pour se protéger contre l'application du droit de la concurrence. Des

entreprises peuvent ainsi demander aux autorités locales à bénéficier d'une réglementation spéciale, voire de subventions. Dans le cadre de la réforme réglementaire menée dans plusieurs pays membres de l'OCDE, comme l'Espagne ou le Mexique, il a souvent été souligné que les réglementations locales entravant le commerce interétatique sont en fait soumises au contrôle des autorités fédérales de la concurrence¹⁶⁰. Sous certaines conditions, le Traité sur l'Union européenne soumet les entreprises dotées de droits spéciaux et/ou exclusifs et recevant des subventions nationales, régionales ou locales au contrôle de la Commission européenne, qui est chargée de faire appliquer les règles de la concurrence. Ce système mérite d'être étudié car il aborde plusieurs questions relatives à l'intégration économique régionale et à l'interaction entre la réglementation et la concurrence (voir l'encadré 14).

Encadré 14

Autorités régionales et concurrence: le cas de l'Union européenne

L'Union européenne (UE) a été créée récemment en vertu du Traité de Maastricht en date du 7 février 1992. Toutefois, les principales dispositions régissant la concurrence ont été arrêtées bien avant dans le Traité de Rome daté du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (CEE), qui est désormais appelée Communauté européenne et qui fait partie intégrante de l'Union européenne. Suite à l'adoption du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 qui a modifié le Traité de Maastricht, toutes les dispositions du Traité de Rome ont été renumérotées depuis peu, y compris celles relatives à la concurrence.

Le Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne (CEE) stipulait à l'article 3 g) de sa version de 1957 – article 3 g) de la version consolidée de 1997 – que la Communauté devait établir «un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun». Par ailleurs, la référence explicite faite aux règles de la concurrence a eu un impact considérable et durable sur le processus de prise de décisions de la Commission du Tribunal de première instance (tribunal d'appel des décisions de la Commission, notamment en matière d'application du droit de la concurrence) et de la Cour de justice européenne (Cour suprême européenne), qui ont souvent interprété les règles de la concurrence en se fondant sur l'article 3 g).

Désormais, les règles de la concurrence de l'UE sont contenues dans les dispositions des articles 31 (ex-art. 37) et 81 à 90 (ex-art. 85 à 94). Nous verrons plus tard qu'en matière de réglementation et de déréglementation il convient d'accorder une attention particulière aux articles 86 et 95.

Principes de l'intégration des marchés

Les articles 31 et 49 à 55 sont souvent oubliés lorsque les principes de la concurrence de l'Union européenne sont présentés alors que l'intégration des marchés doit être considérée comme complémentaire aux dispositions des articles 81 à 90 qui visent à instaurer un cadre concurrentiel au sein du marché unique européen. Les articles 31 et 49 à 55 ont respectivement traité la réglementation des monopoles nationaux et à la libre circulation des services ainsi qu'aux réglementations nationales qui entravent la libre circulation de ces services: une entreprise manufacturière ou prestataire de services

d'infrastructure peut ne pas être en mesure de prendre pied sur un marché donné pour de nombreuses raisons autres que le comportement anticoncurrentiel des entreprises privées ou publiques présentes – par exemple si la réglementation nationale est discriminatoire à l'égard des opérateurs non nationaux ou leur ferme le marché national. En outre, étant donné que les marchés publics représentent environ 11 % du PIB de l'Union européenne, à l'initiative de la Commission, le Conseil des ministres de l'UE a établi un certain nombre de «directives» qui ont trait aux politiques de passation de marchés publics des États membres qui pourraient être discriminatoires à l'égard d'entreprises établies dans d'autres États membres et visent à ouvrir ces marchés à une procédure paneuropéenne d'appels d'offres.

Les articles 81 à 90 du Traité de Rome sont mieux connus que la plupart des autres articles. Les articles 81 et 82 contiennent les dispositions antitrust interdisant respectivement les accords anticoncurrentiels et les abus de position dominante; ils ont le même objet que les chapitres 1 et 2 de la loi Sherman (*Sherman Act*) aux États-Unis. Ces articles s'appliquent essentiellement au comportement anticoncurrentiel des entreprises privées.

Réglementation de l'infrastructure

En ce qui concerne les liens entre la politique de concurrence et la réglementation sectorielle, l'article 82 a été utilisé en conjonction avec l'article 86 pour lutter contre les comportements anticoncurrentiels des entreprises – privées et publiques – qui fournissent des services d'infrastructure. L'article 86 peut être considéré comme un instrument clef en vue de renforcer l'intégration du marché unique dans les branches de services d'infrastructure. Au sein de l'UE, le cadre réglementaire est essentiellement régi par les dispositions de l'article 86 (ex-art. 90) du Traité de Rome modifié, où est défini le principe de la libéralisation. La Commission est chargée de faire respecter cet article, dont les dispositions étendent l'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques et aux entreprises auxquelles sont accordés des droits spéciaux ou exclusifs, c'est-à-dire jouissant d'un monopole pour assurer un service «dans l'intérêt économique général»: les États membres ne peuvent accorder à ces entreprises, qu'elles soient publiques ou privées, des droits ou maintenir des réglementations («mesures», selon la formule juridique de l'Union européenne) qui puissent entraver les règles de la concurrence inscrites dans le Traité de Rome. L'objectif du principe de concurrence figurant dans l'article 86 est de renforcer l'intégration économique européenne en supprimant les droits accordés à des monopoles à condition que cela ne soit pas contraire aux engagements des États membres et de la Communauté européenne en matière de services d'intérêt économique général.

Au cours des dix dernières années, La Commission européenne, qui est chargée de l'application du Traité, a adopté une série de décisions et de réglementations supprimant les obstacles juridiques à l'entrée des États membres pour les branches de services d'infrastructure tout en appliquant les règles de la concurrence aux entreprises opérant dans ces secteurs dès lors que l'intérêt général était préservé.

Pour définir la notion d'«intérêt général», la Commission a expliqué dans ses principes directeurs en 1996 que l'extension des règles de la concurrence n'irait pas à l'encontre des obligations de service public susceptibles d'être imposées par les autorités publiques à des entités – publiques ou privées – qui assurent ces services dans le souci de protéger la cohésion économique et sociale, l'environnement, la planification et la promotion des intérêts des consommateurs ainsi que l'utilisation des sols.

En outre, le principe d'ouverture à la concurrence ou de «libéralisation» inscrit dans l'article 86 est complété par le principe d'«harmonisation» figurant dans le long et complexe article 95 (ex-art. 100-A) qui traite des questions de procédure. Les dispositions de cet article visent à rapprocher les législations des États membres, c'est-à-dire à les «harmoniser» en établissant des procédures par lesquelles la Commission et le Conseil des ministres de l'Union européenne peuvent adopter des «directives» pour imposer aux États membres la suppression d'obstacles à la poursuite de la construction et de l'intégration du marché intérieur.

Plus précisément, pour les branches de services d'infrastructure, le principe de l'harmonisation suppose que la Commission puisse proposer au Conseil des ministres les conditions dans lesquelles les

États membres seraient tenus de modifier ou d'«harmoniser» leur réglementation sectorielle pour s'intégrer davantage au marché européen. Si, pour faire appliquer l'article 86, la Commission semble essentiellement examiner au cas par cas le comportement d'États ou d'entreprises dotées de droits spéciaux ou exclusifs, en ce qui concerne l'article 95, elle a davantage d'initiative et doit organiser un cadre harmonisé de règles qui inspirent confiance aux entreprises et aux investisseurs sur le marché intérieur et permette de réaliser un marché unique unifié pour les entreprises de services d'infrastructure.

Subventions publiques

Enfin, il convient de souligner que les articles 87 à 89 confèrent à la Commission le pouvoir de statuer sur les aides accordées par les États qui pourraient fausser la concurrence sur le marché unique européen. C'est la première fois qu'un organisme réglementant la concurrence a le pouvoir d'interdire à des États de fausser la concurrence. Même si des dérogations sont prévues, les aides autorisées sont contrôlées de manière publique et transparente par la Commission, laquelle a développé une jurisprudence importante en la matière.

L'article 87 1) stipule que «sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions». L'article 87 3) confère néanmoins à la Commission le pouvoir d'analyser et d'autoriser d'autres aides, par exemple des aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre. De même, l'article 87 2) précise que les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels et les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou autres événements extraordinaires sont compatibles avec le marché commun.

En ce qui concerne les aides accordées par les États, l'article 89 est intéressant à un autre titre: il décrit en effet la procédure qui sera examinée de manière plus détaillée dans la section suivante. Aux termes de cet article, la Commission peut décider – décision publiée au Journal officiel de l'Union européenne – qu'une aide accordée par un État qu'elle juge incompatible avec le marché commun doit être supprimée ou modifiée. Si l'État membre en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État membre peut saisir directement la Cour de justice grâce à une procédure simplifiée et accélérée. Le remboursement des aides abusivement accordées peut alors être exigé. En outre, la Commission doit être informée, en temps utile pour présenter ses informations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides; l'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées avant que cette procédure ait abouti à une décision finale. En d'autres termes, le Traité de Rome a dû organiser un transfert considérable de souveraineté pour résoudre les problèmes soulevés par l'intervention directe des pouvoirs publics dans l'économie. L'entrée en vigueur en 1999 d'une réglementation procédurale des aides accordées par l'État a été un succès important. Cette réglementation modifie les règles de procédure et les rend transparentes, ce qui accroît la certitude sur le plan juridique. La Commission peut réellement obliger les États membres à exiger le remboursement provisoire des aides accordées illégalement. Elle fixe aussi des délais pour que les États membres respectent ses décisions. D'autres améliorations sont en chantier: réglementation des exemptions par catégorie, registre public, tableau de bord permettant de suivre l'évolution des aides accordées par chaque État membre, la pression des autres États membres renforçant les instruments juridiques d'application.

Source: Commission européenne.

CHAPITRE VIII

Aspects éventuels de la protection des consommateurs

Dans un certain nombre de pays, la législation relative à la protection des consommateurs est indépendante de celle qui régit les pratiques commerciales restrictives.

COMMENTAIRES DU CHAPITRE VIII ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES

Aspects éventuels de la protection des consommateurs

155. Dans un certain nombre de pays, la législation relative à la protection des consommateurs est indépendante de celle qui régit les pratiques commerciales restrictives.

156. Dans certains pays, comme l'Australie, la Pologne et la France, la législation sur les pratiques restrictives du commerce renferme un chapitre consacré à la protection du consommateur. Incontestablement, les problèmes posés par la concurrence ont un rapport étroit avec la protection des intérêts économiques des consommateurs. Tel est le cas, par exemple, en Lituanie et au Venezuela, dont les lois sur la concurrence contiennent des dispositions relatives aux «pratiques commerciales déloyales». La loi canadienne sur la concurrence comporte des dispositions relatives à la publicité mensongère et aux pratiques commerciales dolosives, conçues pour donner aux consommateurs des renseignements de base uniformes et précis sur certains produits et éviter la dénaturation des faits. Le texte de la loi type ou des lois types de la CNUCED (version 1984), tel qu'il figurait dans le document TD/B/RBP/15/Rev.1, énumérait quelques éléments que les États pourraient envisager d'inclure dans leur législation sur les pratiques commerciales restrictives. Toutefois, la tendance actuelle, dans les pays qui se dotent de cette législation, paraît être à l'adoption de deux lois distinctes, l'une sur les pratiques commerciales restrictives ou la concurrence, l'autre sur la protection du consommateur. Néanmoins, étant donné la parenté des deux corps de loi, leur application relève souvent de la même autorité. C'est notamment le cas en Algérie, en Australie, en Colombie, au Costa Rica, en Finlande, en France, en Nouvelle-Zélande, au Panama, au Pérou, en Pologne, en Fédération de Russie, au

Sri Lanka, au Royaume-Uni, aux États-Unis et en Italie, du moins dans une certaine mesure. Au Canada, les problèmes relatifs à la protection des consommateurs et à la concurrence relèvent de compétences qui sont réparties entre le gouvernement fédéral, les ministères des provinces et les administrations territoriales. Le gouvernement fédéral est responsable de la réglementation du commerce interprovincial et de l'établissement de normes nationales garantissant un marché loyal, efficient et concurrentiel. Aux administrations provinciales et territoriales revient la responsabilité des affaires contractuelles relatives à la vente et à l'achat de biens et services. En Estonie, la législation relative à la protection des consommateurs est distincte de celle qui concerne la concurrence et qui relève du Conseil de la concurrence. La loi estonienne sur la concurrence, cependant, renferme des dispositions concernant les pratiques commerciales déloyales, mais ces dernières doivent être établies au cours d'un procès au civil entre les parties concernées. En Zambie, c'est l'article 12 de la loi sur la concurrence qui recouvre la protection des consommateurs, sans traiter, toutefois, des questions relatives au bien-être desdits consommateurs, comme la santé publique, les normes, les ventes et la location-vente. Par conséquent, pour assurer la protection des consommateurs, la Commission de la concurrence collabore étroitement avec d'autres organes, tels que les collectivités locales, le Bureau des normes et le service de santé publique.

157. Il importe aussi de tenir compte de la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la protection du consommateur¹⁶¹, qui énonce les principes directeurs adoptés à ce sujet en 1985. Il s'agit, entre autres, de mesures destinées à la promotion et à la protection des intérêts économiques des consommateurs, de même que de normes régissant la sûreté et la qualité des biens de consommation et des services; de circuits de distribution de biens et services de première nécessité destinés aux consommateurs; de mesures permettant aux consommateurs d'obtenir réparation; de programmes d'éducation et d'information, etc. À ce propos, les Principes directeurs de l'ONU pour la protection du consommateur mentionnent expressément l'Ensemble de principes et de règles pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives et recommandent aux gouvernements d'élaborer, de renforcer ou de maintenir les mesures de contrôle des pratiques

commerciales, restrictives ou autres, susceptibles de nuire aux consommateurs, et notamment de prévoir les moyens d'en assurer l'application¹⁶².

CHAPITRE IX

L'organe de tutelle et son organisation

1. Institution et appellation de l'organe de tutelle.
2. Composition de l'organe de tutelle, y compris la présidence, le nombre des membres et les modalités de leur nomination, notamment l'autorité responsable de leur nomination.
3. Qualifications des personnes nommées.
4. Durée et possibilité de renouvellement du mandat du président et des membres de l'organe et modalités de remplacement en cas de vacance.
5. Destitution de membres de l'organe.
6. Immunité éventuelle des membres à l'égard de toute poursuite dans l'accomplissement de leurs devoirs ou l'exercice de leurs fonctions.
7. Nomination du personnel nécessaire.

COMMENTAIRES DU CHAPITRE IX ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES

L'organe de tutelle et son organisation

1. Institution et appellation de l'organe de tutelle.

158. L'Ensemble de principes et de règles, au paragraphe 1 de la section E, demande aux États d'adopter, d'améliorer et d'appliquer effectivement des dispositions législatives appropriées, et de mettre en vigueur des procédures judiciaires et administratives dans ce domaine. Les lois et amendements récemment adoptés dans différents pays témoignent d'une tendance à créer de nouveaux organes chargés de lutter contre les pratiques commerciales restrictives ou à modifier les organes existants en vue d'élargir leurs compétences et de rendre leur fonctionnement plus efficace.

159. Dans certains cas, il y a eu fusion de plusieurs organes en un seul réunissant toutes les fonctions à exercer en matière de pratiques

restrictives, de protection du consommateur et de droit des sociétés. C'est le cas, par exemple, au Pakistan, où les pouvoirs publics ont décidé de créer un organisme chargé d'appliquer l'ordonnance sur les monopoles et d'autres dispositions de la législation commerciale¹⁶³. Il en va de même en Colombie¹⁶⁴ et au Pérou¹⁶⁵.

2. Composition de l'organe de tutelle, y compris la présidence, le nombre de membres et les modalités de leur nomination, notamment l'autorité responsable de leur nomination.

160. Il n'est pas possible d'indiquer quel devrait être l'organe compétent. Il n'est pas possible non plus de préciser comment l'organe de tutelle devrait s'intégrer dans l'appareil administratif ou judiciaire des différents pays. C'est à chaque pays d'en décider. Le projet de loi type actuel postule que la formule la plus efficace consisterait probablement en un organisme public quasi autonome ou indépendant, doté de pouvoirs judiciaires et administratifs étendus pour mener des enquêtes, appliquer des sanctions, etc., tout en prévoyant une possibilité de recours devant un organe judiciaire supérieur. Il est à noter que la tendance pour la plupart des autorités chargées des questions de concurrence créées ces dernières années (le plus souvent dans des pays en développement et des pays en transition) est de la doter d'une indépendance administrative aussi grande que possible, ce qui est très important, car cela les protège des influences politiques. Les amendements apportés récemment à la loi algérienne, par exemple, pour renforcer les capacités et la compétence du Conseil de la concurrence comme le principal organisme de réglementation du marché, dotent ce dernier d'une autonomie administrative et financière et de la personnalité juridique, renforcent ses pouvoirs dans le traitement des dossiers et élargissent les domaines dans lesquels il peut être consulté, notamment par de nouvelles dispositions l'autorisant à coopérer et à échanger des informations avec les organismes sectoriels de réglementation et les autorités étrangères de la concurrence.

161. Le nombre des membres composant l'organe de tutelle diffère d'un pays à l'autre. Certaines législations ne fixent pas de chiffre précis, mais seulement un minimum et un maximum, comme les législations suisse et indienne. Dans d'autres pays (Algérie, Argentine, Brésil, Bulgarie, Côte

d'Ivoire, Costa Rica, Hongrie, Malte, Mexique, Panama, Pérou, Portugal, République de Corée et Fédération de Russie), la loi détermine le nombre de membres. Les derniers amendements apportés à la loi algérienne ont réduit le nombre de membres du Conseil de 12 à 9, dont 2 sont des magistrats et les 7 autres membres non permanents sont choisis en fonction de leur renom et de leurs compétences dans les domaines du droit, de l'économie, de la concurrence, de la distribution ou de la protection du consommateur. D'autres pays comme l'Australie ont laissé l'autorité compétente fixer ce nombre. Souvent, la loi confie à l'autorité suprême la nomination du président et des membres de la Commission. Dans d'autres pays, la loi désigne un haut fonctionnaire qui occupe ce poste. En Argentine, le Président de la Commission est un sous-secrétaire au commerce et les membres sont nommés par le Ministre de l'économie¹⁶⁶. Dans certains pays, comme l'Inde, Malte et le Pakistan, les nominations doivent obligatoirement être publiées au Journal officiel. Certaines législations fixent la structure interne, le fonctionnement de l'organe et ses règles de travail, alors que d'autres laissent ce soin à l'organe lui-même¹⁶⁷. Au Chili, la Commission de décision et la Commission de prévention sont toutes deux composées de cinq membres (voir les articles 7, 10 et 16 du décret-loi n° 211).

162. On observe, dans quelques pays, une tendance à un changement partiel ou total d'attitude concernant la provenance des membres des autorités nationales compétentes en matière de pratiques commerciales restrictives. Tel est le cas au Chili où, selon la législation antérieure, les membres de la Commission de décision étaient essentiellement des fonctionnaires de l'administration, alors que, maintenant, la Commission comprend des représentants de l'Université¹⁶⁸. Il s'agit en fait d'un moyen d'atteindre un équilibre entre le juridique et l'économique. On peut également faire remarquer que la Commission de prévention compte un porte-parole de l'association des habitants de la capitale parmi ses membres, pour représenter les opinions des consommateurs.

3. Qualifications des personnes nommées.

163. Plusieurs législations définissent les conditions à remplir pour devenir membre de l'organe de tutelle. Au Pérou, par exemple, les membres de la Commission multisectorielle de la libre concurrence doivent avoir un diplôme

professionnel et au moins dix ans d'expérience dans leur spécialité. Au Brésil, les membres du Conseil administratif de la protection économique sont choisis parmi des citoyens réputés pour leurs connaissances juridiques et économiques et leur totale intégrité¹⁶⁹. Au Chili, le Procureur économique national doit être un juriste et avoir dix ans d'expérience professionnelle ou trois d'ancienneté de service. Le procureur adjoint, quant à lui, doit également être juriste et justifier d'au moins cinq ans d'expérience professionnelle ou de spécialisation dans des domaines apparentés à ces fonctions.

164. Dans un certain nombre de pays, la législation dispose que les personnes considérées ne devraient pas avoir d'intérêts qui puissent entrer en conflit avec les fonctions auxquelles elles seront appelées. Ainsi, en Inde, un membre de l'organe de tutelle ne devrait pas avoir d'intérêts financiers ou autres qui risqueraient de nuire à l'exercice de ses fonctions. En Allemagne, les membres de l'organe de tutelle ne doivent pas être propriétaires, présidents ou membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une entreprise, d'un cartel, d'une association commerciale ou industrielle ou d'une association professionnelle. En Hongrie, le président, les vice-présidents de l'Office de la Concurrence économique, ainsi que les hauts fonctionnaires et les membres du Conseil de la concurrence ne sont pas autorisés à exercer des activités lucratives autres que des activités scientifiques, pédagogiques, artistiques et littéraires, la recherche, ainsi que des activités découlant de relations juridiques en vue de travaux de révision de terminologie et de forme, et ne peuvent pas être cadres supérieurs d'une organisation commerciale ni membres d'un conseil de surveillance ou d'administration¹⁷⁰. La législation de l'Italie et celle du Mexique renferment des dispositions analogues. Au Chili, il est stipulé que les personnes qui travaillent dans les services du Procureur économique national ne peuvent être employées ailleurs ni exercer d'autres activités connexes en tant que personnes physiques ou morales pouvant faire l'objet de poursuites des services en question. De plus, tous les membres de la Commission, quelle que soit la capacité en laquelle ils agissent, ainsi que les consultants et les conseillers percevant des honoraires de l'Office du Procureur économique national, sont considérés comme des employés du secteur public à toutes fins juridiques¹⁷¹.

4. Durée et possibilité de renouvellement du mandat du président et des membres de l'organe et modalités de remplacement en cas de vacance.

165. La durée du mandat des membres de l'organe de tutelle varie d'un pays à l'autre. Actuellement, ils sont nommés pour sept ans en Italie, pour six ans en Hongrie, pour cinq ans en Algérie et au Panama, pour quatre ans en Argentine, pour dix ans au Mexique et pour cinq ans en Bulgarie et au Pakistan. Au Canada, le Commissaire à la concurrence est le chef du Bureau de la concurrence et son mandat est de cinq ans. En Lituanie, la loi stipule un mandat de six ans. Au Brésil, il est de deux ans et dans d'autres pays, comme le Pérou et la Suisse, il est de durée indéterminée. Dans de nombreux pays, comme la Thaïlande, la République de Corée, l'Argentine, l'Inde, le Canada et l'Australie, les membres peuvent exercer plusieurs mandats dans ces fonctions, mais ce n'est pas le cas au Brésil. Au Royaume-Uni, le mandat des membres de l'organe de tutelle varie comme c'est le cas entre la Commission de la concurrence et la DGFT, et on ne sait pas encore ce qu'il en sera des nouveaux membres du Conseil de l'OFT qui prendront leurs fonctions au cours de 2003¹⁷². En Australie, les membres de la Commission sont nommés pour un mandat qui peut aller jusqu'à cinq ans et qui est renouvelable. Au Chili, le mandat des membres des commissions est de deux ans. En cas d'empêchement, ils sont remplacés par un suppléant.

5. Destitution de membres de l'organe.

166. Dans plusieurs pays, la législation désigne une autorité compétente habilitée à destituer un membre de l'organe de tutelle qui a commis certains actes ou qui ne satisfait plus aux conditions de la fonction. Par exemple, l'incapacité physique est un motif de destitution en Hongrie, en Thaïlande, en République de Corée et en Inde, comme le sont la faillite en Thaïlande, en Inde et en Australie. Au Mexique¹⁷³, il ne peut y avoir destitution qu'en cas de manquement «grave et dûment établi» aux obligations inhérentes aux fonctions de membre de l'organe de tutelle, ainsi qu'en Argentine et en Australie. Un autre motif de destitution est l'imposition d'une sanction disciplinaire ou le licenciement, par exemple, en Hongrie¹⁷⁴, ou la condamnation à une peine de prison en Thaïlande. En République populaire de Chine, un membre de l'organe d'État chargé de la surveillance et de l'examen des cas de

concurrence déloyale qui commet des irrégularités pour des motifs personnels et protège délibérément un entrepreneur contre des poursuites, sachant parfaitement que celui-ci a contrevenu aux dispositions de la législation chinoise, ce qui constitue une infraction pénale, fait l'objet de poursuites pour responsabilité pénale conformément à la loi¹⁷⁵. La procédure de destitution varie selon les pays. Au Panama, les membres de l'organe de tutelle pourraient être nommés par le Gouvernement, après avoir été approuvés par le parlement à partir de listes de candidats présentés par divers organismes représentant la société civile (universités, associations professionnelles d'économistes et d'avocats, associations de chefs d'entreprise, etc.), pour une durée coïncidant avec le mandat dudit pouvoir exécutif. La destitution des personnes nommées pourrait intervenir, après avoir été soumise à l'approbation préalable du corps judiciaire, aux motifs suivants:

- i) Incapacité permanente de remplir leurs fonctions;
- ii) Déclaration de faillite ou insolvabilité;
- iii) Condamnation pour infraction aux droits patrimoniaux, aux obligations d'une charge publique ou à l'encontre de l'administration publique;
- iv) Négligences répétées dans l'exercice de leurs fonctions¹⁷⁶.

6. Immunité éventuelle des membres à l'égard de toute poursuite dans l'accomplissement de leurs devoirs ou l'exercice de leurs fonctions.

167. Pour mettre les membres, le président et les vice-présidents de l'organe de tutelle à l'abri de poursuites et mises en cause, on peut leur conférer une immunité totale dans l'exercice de leurs fonctions. Au Pakistan, par exemple, l'organe de tutelle ou tous ses membres ou employés jouissent de l'immunité de poursuite ou autre action en justice pour tout acte accompli de bonne foi en application de la loi sur les monopoles ou dans l'intention d'agir selon cette loi.

7. Nomination du personnel nécessaire.

168. Il existe plusieurs formules pour la nomination du personnel de l'organe de tutelle. Dans

certaines pays, comme le Pakistan et le Sri Lanka, l'organe nomme lui-même son personnel. Dans d'autres, cette prérogative appartient au gouvernement.

CHAPITRE X

Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle

I. *Les fonctions et pouvoirs de l'autorité de tutelle pourraient être notamment les suivants (à titre indicatif):*

- a) Procéder à des enquêtes, notamment après réception de plaintes;
- b) Prendre les décisions nécessaires, notamment imposer des sanctions, ou en recommander au ministre responsable;
- c) Faire des études, publier des rapports et informer le public;
- d) Délivrer des formules et tenir un ou des registres de notifications;
- e) Établir des règlements et les promulguer;
- f) Aider à la rédaction d'une législation nouvelle ou à l'amendement ou à la révision de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la politique de réglementation et de concurrence;
- g) Favoriser les échanges de renseignements entre États.

II. *Caractère confidentiel*

1. Prévoir des sauvegardes raisonnables pour protéger le caractère confidentiel des renseignements obtenus des entreprises et contenant des secrets commerciaux légitimes.
2. Protéger l'anonymat de ceux qui communiquent des renseignements aux administrations de la concurrence pour qu'ils ne fassent pas l'objet de mesures de rétorsion économique.
3. Protéger le caractère confidentiel des délibérations du gouvernement au sujet de questions à l'étude ou dont l'examen n'est pas encore achevé.

COMMENTAIRES DU CHAPITRE X ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES

Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle

I. *Les fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle pourraient être notamment les suivants (à titre indicatif):*

169. La plupart des législations sur les pratiques commerciales restrictives renferment une liste des fonctions et pouvoirs que l'organe de tutelle possède pour accomplir sa tâche et qui constituent le cadre général de ses opérations. L'article 8 comporte une liste indicative des fonctions de l'organe. Il est important de noter que toutes ces fonctions ont un rapport avec les activités que l'autorité chargée des questions de concurrence pourrait être amenée à réaliser, ainsi qu'avec les moyens généralement disponibles à cette fin. On soulignera qu'il est nécessaire que les fonctions de l'autorité reposent sur des principes garantissant une procédure régulière et la transparence.

a) Procéder à des enquêtes, notamment après réception de plaintes;

170. L'organe de tutelle peut agir de sa propre initiative ou après avoir recueilli certaines indications de l'existence d'une pratique restrictive, à la suite, par exemple, d'une plainte formulée par un individu ou une entreprise. L'encadré 15 donne des exemples d'informations devant figurer dans une plainte soumise à l'Administration de la concurrence. Le droit hongrois de la concurrence distingue les plaintes déposées en remplissant un formulaire délivré par l'autorité des plaintes informelles soumises sous n'importe quelle autre forme. Les plaignants peuvent former un recours si leur plainte est rejetée au motif que les conditions d'ouverture d'une enquête ne sont pas remplies. Les dépenses liées aux procédures ouvertes à la suite d'une plainte sont à la charge de l'État mais s'il est établi qu'il y a eu une infraction, ce sont les parties qui l'ont commise qui doivent en supporter le coût¹⁷⁷. Les renseignements recueillis par d'autres services administratifs comme ceux du fisc, du commerce extérieur, des douanes ou du contrôle des changes, s'il y a lieu, peuvent aussi être source de renseignements. En Turquie, le Conseil de la concurrence peut, sur demande ou de sa propre initiative, ouvrir directement une enquête ou procéder à une enquête préliminaire

pour déterminer si l'ouverture d'une enquête s'impose ou non. En Italie, la nouvelle loi 248/06 a conféré de nouveaux pouvoirs à l'Autorité de la concurrence, qui peut, après l'ouverture d'une enquête, adopter des mesures provisoires et accepter les engagements pris par les entreprises en cause, en mettant fin à la procédure sans avoir établi qu'il y avait eu infraction. L'Ensemble de principes et de règles précise que les États devraient instituer des procédures ou améliorer les procédures existantes, aux fins d'obtenir des entreprises les renseignements nécessaires au contrôle efficace des pratiques commerciales restrictives. L'organe de tutelle devrait aussi être habilité à enjoindre aux personnes et aux

entreprises de communiquer des renseignements et à demander et recevoir des témoignages. Au cas où ces renseignements ne seraient pas présentés, il serait possible d'envisager la délivrance d'un mandat de perquisition ou de solliciter une décision judiciaire pour exiger la production des renseignements et/ou permettre l'entrée dans les locaux où les renseignements sont censés se trouver. L'encadré 15 présente des exemples de documents que l'organe de tutelle peut examiner. Enfin, il est indispensable de mentionner que dans le cours des enquêtes, les règles et principes généraux concernant le respect de la légalité, qui, dans de nombreux pays, est une obligation constitutionnelle, doivent être strictement respectés.

Encadré 15

Procédures d'enquête

- i) Informations devant figurer dans une plainte soumise à l'Administration de la concurrence:
 - Détails sur le plaignant et sur la ou les entreprise(s) mis en cause;
 - Détails sur le fond de la plainte;
 - Éléments établissant pourquoi le plaignant a un intérêt légitime;
 - Détails si une plainte similaire a été déposée auprès de toute autre autorité (par exemple ministères ou organes sectoriels) ou fait l'objet d'une procédure devant un tribunal; détails sur les produits ou services en cause et description du marché considéré; exposé sur les mesures correctives demandées à l'Administration de la concurrence (y compris les mesures provisoires);
- ii) Exemples de documents que l'Administration de la concurrence peut examiner:
 - Pièces comptables;
 - Documents sur les ventes;
 - Documents sur la production;
 - Documents sur les voyages;
 - Agendas;
 - Procès-verbaux ou notes de réunions tenues entre des membres de l'entreprise, ou avec des parties tiers;
 - Relevés et copies de la correspondance (interne ou externe), mémorandums personnels, y compris numéros de téléphone et de télécopie utilisés durant des périodes déterminées, relevé de courrier électronique;
 - Matériaux photographiques.

Sources: Commission européenne et OCDE.

171. Dans de nombreux pays, dont l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, la Fédération de Russie, la Hongrie, l'Italie, la Norvège, le Pakistan et le Pérou, ainsi que dans la Communauté européenne, l'organe de tutelle a le pouvoir d'enjoindre aux entreprises de donner des renseignements et d'autoriser un membre de son personnel à pénétrer dans des locaux pour rechercher les renseignements pertinents. Toutefois, l'entrée dans les locaux peut être soumise à certaines conditions. En Argentine ou en Autriche, par exemple, il faut une décision judiciaire pour pénétrer au domicile d'un particulier, tandis qu'en Allemagne, la perquisition, normalement subordonnée à une décision judiciaire, peut avoir lieu en l'absence de cette décision s'il y a «danger à surseoir». En Turquie, lorsqu'une inspection sur place destinée à obtenir des renseignements, documents, ouvrages ou autres supports est entravée ou susceptible d'être entravée, un magistrat de la juridiction pénale peut ordonner cette procédure. En Pologne, dans les affaires revêtant la plus grande urgence, où il existe des soupçons justifiés d'infraction grave à la loi sur la concurrence, en particulier si tout retard risque de permettre la destruction de preuves, il est possible d'obtenir un mandat de perquisition du Tribunal de la concurrence et de la protection du consommateur à n'importe quel moment de la procédure. Le Bureau polonais de la concurrence et de la protection du consommateur peut procéder à des perquisitions de locaux, d'appartements, de véhicules de transport, etc., à la demande de la Commission de l'UE lorsque des personnes sont réticentes à lui fournir des documents, des renseignements ou tout autre élément de preuve dans le cadre d'une enquête ouverte en application des règlements communautaires; des représentants de la Commission peuvent aussi participer à une enquête lorsque le Bureau ouvre une enquête sur une entreprise à la demande de la Commission.

b) Prendre les décisions nécessaires, notamment imposer des sanctions, ou en recommander au ministre responsable;

172. L'organe de tutelle, à l'issue d'enquêtes et investigations, serait appelé à prendre certaines décisions, par exemple à engager des poursuites ou à demander la cessation de certaines pratiques, ou à refuser ou octroyer une autorisation dans les matières soumises à notification, ou encore à imposer des sanctions, le cas échéant.

c) Faire des études, publier des rapports et informer le public;

173. L'organe de tutelle pourrait faire lui-même des études avec le concours d'experts ou commander des études à l'extérieur. Au Brésil, par exemple, la loi prévoit que le Bureau du droit économique du Ministère de la justice réalise des études et des travaux de recherche en vue d'améliorer les politiques antitrust. Certaines législations font expressément obligation à l'organe de tutelle de procéder à certaines études particulières. Ainsi, en Thaïlande, l'office qui s'occupe des cas de fixation des prix et de la lutte antimonopole a le pouvoir et l'obligation de faire des études, des analyses et des recherches sur les marchandises, les prix et les opérations commerciales; en Argentine, la Commission peut établir des études sur les marchés et notamment faire des recherches sur la manière dont leur comportement se répercute sur les intérêts des consommateurs, tandis qu'au Portugal, le Conseil de la concurrence peut demander à la direction générale de la concurrence et des prix d'entreprendre des études appropriées pour pouvoir formuler des avis à soumettre au Ministre chargé du commerce¹⁷⁸. L'organe de tutelle pourrait informer régulièrement le public de ses activités. Les rapports périodiques sont utiles à cette fin et la plupart des pays qui ont une législation sur les pratiques commerciales restrictives publient au moins un rapport annuel.

d) Délivrer des formules et tenir un ou des registres de notifications;

174. Les lois de la plupart des pays qui ont des procédures de notification prévoient un système quelconque d'enregistrement qui doit se caractériser par sa transparence. C'est le cas, par exemple, en Espagne, avec le Registre pour la préservation de la concurrence, et en France au niveau de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)¹⁷⁹. Quelques pays tiennent un registre public où sont inscrits certains, mais non la totalité, des renseignements fournis à l'occasion des notifications. L'utilité d'un registre public repose sur la conviction que la publicité peut avoir un effet dissuasif sur les entreprises qui se livrent à des pratiques commerciales restrictives et donne en outre la possibilité aux personnes victimes de ces pratiques de s'informer à leur sujet. Ces personnes peuvent aussi formuler des plaintes

précises et signaler toute inexactitude dans les renseignements notifiés. Toutefois, les renseignements qui sont notifiés ne peuvent pas tous être consignés au registre, attendu notamment que certains porteront sur des «secrets commerciaux», dont la divulgation pourrait nuire aux opérations de l'entreprise intéressée. Les informations sensibles relatives aux opérations commerciales entre les mains des autorités qui s'occupent de la concurrence ne peuvent pas être excessivement exploitées, car une atteinte à leur caractère confidentiel dissuaderait fortement les milieux d'affaires de donner rapidement satisfaction à des demandes raisonnables de renseignements.

e) Établir des règlements et les promulguer;

175. L'organe de tutelle devrait aussi avoir le pouvoir d'établir des règlements d'application qui l'aident à accomplir sa tâche.

f) Aider à la rédaction d'une législation nouvelle ou à l'amendement ou à la révision de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la politique de réglementation et de concurrence;

176. En raison de la spécialisation très poussée et de l'expérience unique de l'organe de tutelle en matière de concurrence, un nombre croissant de lois ou amendements nouveaux lui confèrent une responsabilité supplémentaire, celle de donner des avis sur les projets de lois qui peuvent avoir des conséquences pour la concurrence, ainsi que d'étudier et de soumettre au gouvernement les propositions qui conviennent pour amender la législation relative à la concurrence. Tel est le cas, par exemple, en Bulgarie, au niveau de la Commission de protection de la concurrence¹⁸⁰, au Portugal, où le Conseil de la concurrence peut formuler des opinions et donner des avis et directives relativement aux questions de concurrence¹⁸¹, en Espagne, au niveau du Tribunal pour la protection de la concurrence¹⁸² et du Service de la protection de la concurrence.

g) Favoriser les échanges de renseignements entre les États.

177. L'Ensemble de principes et de règles fait obligation aux États de mettre en place, aux niveaux régional et sous-régional, des mécanismes

appropriés pour favoriser l'échange de renseignements sur les pratiques commerciales restrictives. Il serait souhaitable de donner à l'organe de tutelle le pouvoir d'encourager ces échanges en en faisant expressément l'une de ses fonctions. Aux termes de la législation belge, par exemple, il est possible de communiquer les documents et renseignements nécessaires aux autorités étrangères compétentes en matière de concurrence, dans le cadre d'accords de réciprocité aux fins de l'entraide concernant les pratiques compétitives¹⁸³. En vertu du septième amendement du 12 juillet 2005 à la loi allemande contre les restrictions à la concurrence, les pouvoirs du *Bundeskartellamt* en matière de coopération avec d'autres autorités de la concurrence (en particulier au sein du Réseau européen de la concurrence) ont été renforcés, notamment s'agissant de l'échange d'informations et de l'entraide dans les enquêtes. La loi autrichienne sur la concurrence habilite les autorités compétentes en matière de coopération à échanger des informations et coopérer avec la Commission de l'UE et d'autres autorités de la concurrence au sein du Réseau européen de la concurrence, dans le cadre duquel des déclarations contraignantes peuvent être prononcées concernant l'application de la législation autrichienne pertinente et en particulier les programmes de clémence. L'échange de renseignements et des consultations sont aussi prévus dans des accords bilatéraux entre les États-Unis, l'Australie, le Brésil, le Canada, l'Allemagne, Israël, le Japon, le Mexique et la Commission des Communautés européennes, de même qu'entre la France et l'Allemagne, ainsi qu'un accord multilatéral entre le Danemark, l'Islande et la Norvège. Ils sont, en outre, prévus au paragraphe 4 de la section F de l'Ensemble. La réglementation algérienne établit un cadre de coopération entre le Conseil de la concurrence et les autorités étrangères de la concurrence, afin de veiller à la bonne application des lois nationales et étrangères relatives à la concurrence et de développer la collaboration et l'échange d'informations entre les autorités concernées, sous réserve des règles relatives à la souveraineté nationale, à l'ordre public et au secret professionnel. Ce cadre est conforme aux dispositions en matière de coopération contenues dans l'article 41 et l'annexe 5 de l'accord d'association avec l'UE¹⁸⁴.

II. *Caractère confidentiel*

1. Prévoir des sauvegardes raisonnables pour protéger le caractère confidentiel des renseignements obtenus des entreprises et contenant des secrets commerciaux légitimes.

2. Protéger l'anonymat de ceux qui communiquent des renseignements aux administrations de la concurrence pour qu'ils ne fassent pas l'objet de mesures de rétorsion économique.

3. Protéger le caractère confidentiel des délibérations du gouvernement au sujet de questions à l'étude ou dont l'examen n'est pas encore achevé.

178. Conformément au paragraphe 5 de la section E de l'Ensemble de principes et de règles, les renseignements qui contiennent des secrets commerciaux légitimes devraient être entourés des garanties raisonnables normalement applicables dans ce domaine, en particulier pour en protéger le caractère confidentiel. Les renseignements confidentiels communiqués à l'organe de tutelle ou obtenus par lui peuvent également être protégés, en général, par la législation nationale relative au caractère confidentiel des secrets commerciaux. Néanmoins, dans certains pays, comme le Mexique¹⁸⁵, le Portugal¹⁸⁶ et la Suisse¹⁸⁷, la législation renferme des dispositions spéciales concernant le caractère confidentiel des éléments de preuve recueillis au cours d'instance. Aux termes du premier paragraphe de l'article 63 de la loi estonienne sur la concurrence, le Conseil de la concurrence n'a pas le droit de divulguer à d'autres personnes les secrets commerciaux, y compris les renseignements relevant du secret bancaire, d'une entreprise dont le Conseil de la concurrence a eu connaissance au cours de l'exercice de ses devoirs officiels, ni de les publier sans le consentement de l'entreprise concernée. La province chinoise de Taiwan a signé un accord de coopération trilatéral avec la Commission du commerce de Nouvelle-Zélande et l'ACCC d'Australie en juillet 2002 et a conclu un arrangement de coopération bilatéral avec chacun de ces deux organismes, arrangement comprenant des dispositions relatives au caractère confidentiel.

CHAPITRE XI

Sanctions et réparation

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

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

II. *Les sanctions pourraient notamment être les suivantes:*

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

**COMMENTAIRES DU CHAPITRE XI ET
FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES
DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES**

Sanctions et réparation

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

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

179. Le paragraphe II de l'article 10 énumère un certain nombre de sanctions envisageables pour les infractions mentionnées dans la section I.

II. *Les sanctions pourraient notamment être les suivantes:*

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

180. Le pouvoir d'imposer des amendes aux entreprises et aux individus peut être attribué soit à l'organe de tutelle, soit à l'autorité judiciaire, soit encore être réparti entre les deux. Dans ce dernier cas, par exemple, le pouvoir d'imposer des amendes dévolu à l'organe pourrait se limiter à la répression de comportements tels que le refus de donner des renseignements, la communication de renseignements faux et le défaut de notification d'un accord. En Norvège, le NCA peut délivrer une ordonnance donnant la possibilité de renoncer au gain en vertu de l'article 6-5, mais il ne s'agit pas là d'une amende de type traditionnel pour infraction à l'encontre de la concurrence.

En Fédération de Russie, au Pakistan, au Panama, au Pérou et en Suisse, ainsi que dans la Communauté européenne, les organes de tutelle ont le pouvoir d'imposer des amendes. En Australie et aux États-Unis d'Amérique, ce pouvoir appartient aux tribunaux. Le montant

maximal des amendes varie évidemment d'un pays à l'autre.

181. Les amendes peuvent aussi varier selon le type d'infraction (Inde et Portugal) ou selon que l'infraction a été commise intentionnellement ou par négligence (Allemagne et Communauté européenne), ou elles peuvent être fixées à un montant défini et/ou par rapport au salaire minimum ou de référence (Brésil, Fédération de Russie, Mexique, Pérou), et/ou calculées par rapport aux bénéfices réalisés à la suite de l'infraction (Allemagne, Chine, Hongrie). Au Pérou, en cas de récidive, l'amende peut être doublée¹⁸⁸.

182. Il semblerait logique que les amendes soient indexées sur l'inflation et qu'il soit tenu compte à la fois de la gravité des infractions et de la capacité de paiement des entreprises, afin que les petites entreprises ne soient pas pénalisées comme les grandes, que des amendes à plafond peu élevé ne dissuaderaient guère de se livrer à des pratiques restrictives.

183. Dans la répression des pratiques restrictives, la tendance récente a été de chercher à dissuader en imposant de fortes amendes aux sociétés. Dans la Communauté européenne, la Commission peut infliger des amendes allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel (tous les produits confondus) des entreprises incriminées. Ainsi, en 1991, la société Tetra Pak a été condamnée à payer une amende de 75 millions d'euros pour infraction à l'article 86 du Traité de Rome (abus de position dominante). Cette rigueur à l'égard d'infractions à la législation communautaire sur la concurrence a récemment été confirmée dans le cas de trois cartels (barres en acier, carton et ciment), qui ont été condamnés en 1994 à des amendes de 104 millions d'euros, 132,15 millions d'euros et 248 millions d'euros respectivement¹⁸⁹. Aux États-Unis, une loi promulguée en 1990 a porté de 1 à 10 millions de dollars le plafond des amendes infligées aux sociétés en cas d'infraction à la législation antitrust¹⁹⁰. Au Japon, un nouveau système de surtaxe est entré en vigueur en 2006: il permet de relever le taux de majoration de 6 à 10 % pour les grands fabricants, de 3 à 4 % pour les PME et de 1 à 2 % pour les grands grossistes (le taux reste de 1 % pour les petits grossistes), de 2 à 3 % pour les grands détaillants et de 1 à 1,2 % pour les petits détaillants¹⁹¹. Un taux de 150 % par rapport au taux normal peut aussi être imposé aux entreprises qui commettent des infractions

répétées pendant une période de dix ans; sauf dans ces derniers cas, le taux peut être diminué d'un pourcentage allant jusqu'à 20 % du taux normal lorsque la durée de l'infraction est inférieure à deux ans et que le comportement illicite a été abandonné plus d'un mois avant l'ouverture d'une enquête par la Commission japonaise de la concurrence. En Ukraine, les amendes peuvent atteindre 10 % du revenu de l'entité en cause. La législation zambienne prévoit des amendes plafonnées à 10 millions de kwacha (2 500 dollars É.-U.) ou une peine d'emprisonnement de cinq ans au plus, ou les deux. Ces peines ne peuvent pas être imposées par la Commission de la concurrence mais par un tribunal. Toutefois, la plupart des affaires trouvent une solution, par voie de consultation et d'arbitrage, sous la forme d'une réparation du préjudice auprès des consommateurs, d'une cession, de l'annulation des accords commerciaux anticoncurrentiels, etc. Au Chili, les amendes peuvent atteindre 400 000 dollars environ, le montant en étant fixé par le tribunal, qui tient compte du chiffre d'affaires et de la capacité de paiement du coupable, ainsi que de la gravité de l'infraction. Au Panama, les sanctions (amendes) pourraient également être proportionnelles au volume des opérations et des échanges des entreprises qui ont enfreint la loi (un pourcentage des gains obtenus par les ventes). Dans l'attente du jugement en appel, les amendes continuent normalement d'être perçues dans la plupart des pays comme la Turquie, où les auteurs d'infractions doivent payer leurs amendes dans un délai de trois mois; outre les amendes payées à titre de condamnation pour des infractions aux dispositions de fond de la loi, le Conseil de la concurrence peut imposer des amendes en cas de refus de fournir les renseignements demandés par l'Autorité turque de la concurrence. De nombreux pays ont adopté des programmes de clémence afin de mettre à jour des ententes. En Algérie, par exemple, afin de faire mieux respecter et appliquer la nouvelle loi sur la concurrence, le Conseil de la concurrence s'est vu conféré le pouvoir de réduire les amendes ou de ne pas les percevoir si les entreprises en cause reconnaissent qu'elles ont enfreint les règles de concurrence, contribuent à accélérer la procédure et s'engagent à ne pas commettre à nouveau les mêmes infractions; en revanche, les récidivistes ne bénéficient d'aucune mesure de clémence. En Autriche, comme l'autorise le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, l'Autorité fédérale de la concurrence peut ne pas exiger le paiement d'une amende si

l'entreprise ou l'association d'entreprises sanctionnées qui ont mis fin à une entente suffisamment tôt, en ont informé l'Autorité avant que celle-ci ne découvre l'entente par elle-même, ont coopéré pleinement et n'ont obligé personne à participer à cette entente; si toutes ces conditions sont remplies à l'exception de celle d'avoir informé l'Autorité suffisamment tôt, l'amende peut être réduite sur demande. Si une entreprise souhaite bénéficier d'un programme de clémence, l'Autorité doit l'informer dans un avis non contraignant si elle compte appliquer ou non un tel programme dans l'affaire considérée. En Hongrie, la loi sur la concurrence autorise l'Autorité hongroise de la concurrence à définir une politique de clémence; un avis précisant les conditions d'application est alors émis conjointement par le Président de l'Autorité et le Président du Conseil de la concurrence (organe décisionnel de l'Autorité)¹⁹². Aux termes de la législation polonaise, des peines plus sévères pour infraction à la loi (jusqu'à 50 millions d'euros) ont été associées à un système d'allègement des peines pour les membres d'une entente qui se retirent délibérément d'une entente, en informant l'Autorité de la concurrence et demandent à bénéficier de mesures de clémence¹⁹³. En Italie, la nouvelle loi 248/06 a modifié l'article 15 de la loi italienne sur la concurrence afin de donner à l'Autorité de la concurrence la possibilité d'adopter un programme de clémence conforme au droit européen de la concurrence, permettant ainsi à l'Autorité italienne d'adopter ce type de programme.

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

184. Le pouvoir de prononcer des peines d'emprisonnement serait normalement confié à l'autorité judiciaire. Dans certains pays, comme le Japon et la Norvège, c'est la prérogative des autorités judiciaires agissant à la demande de l'organe de tutelle. Les peines d'emprisonnement peuvent atteindre un, deux, trois ans ou plus selon la nature du délit.

185. Dans des pays comme l'Argentine et le Canada où les autorités judiciaires sont responsables des décisions prises en application de la législation sur les pratiques commerciales restrictives, les tribunaux peuvent prononcer des

peines d'emprisonnement allant jusqu'à six ans (Argentine) et cinq ans (Canada). Aux États-Unis les infractions pénales sont limitées aux infractions a priori bien définies et aux comportements manifestement anticoncurrentiels: fixation collusoire des prix, truquage des offres et répartition des marchés. Seule la loi Sherman prévoit des sanctions pénales (infractions visées aux articles 1^{er} et 2) et une infraction peut être poursuivie en tant que crime passible d'une amende pour une personne morale et de trois ans de prison pour un particulier. L'application, par la Division antitrust du Gouvernement des États-Unis, des sanctions pénales prévues par la loi Sherman est régie par les codes pénaux fédéraux généraux, le règlement fédéral de procédure pénale¹⁹⁴, et les Principes directeurs pour les condamnations aux États-Unis. Au Royaume-Uni, des sanctions pénales ont été introduites, aux termes de la loi de 2003 sur les entreprises, pour les particuliers qui participent à certaines infractions à caractère anticoncurrentiel clairement définies. En Estonie, toutes les infractions à caractère anticoncurrentiel sont par nature pénales, et le Conseil de la concurrence a le droit de mener des enquêtes préliminaires. En cas de coopération de certaines entreprises à l'établissement et, finalement, à la condamnation d'un comportement anticoncurrentiel dans lequel elles seraient impliquées, lesdites entreprises pourraient bénéficier d'une exemption de la peine, ceci afin de fragiliser les cartels.

iii) Ordonnances avant faire droit ou de mesure provisoire;

186. En Hongrie, le Conseil de la concurrence peut, à titre provisoire, prononcer la cessation du comportement illégal ou de la situation illicite, s'il est nécessaire d'intervenir sans délai pour protéger les intérêts légitimes ou économiques des personnes concernées ou si l'instauration, le développement ou la continuation de la concurrence économique est menacé. Le Conseil de la concurrence peut aussi exiger un cautionnement¹⁹⁵.

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

187. À titre d'exemple, la Commission coréenne des pratiques commerciales loyales a sanctionné

quatre prestataires de services téléphoniques – KT, Dacom, Onse Telecom et Hanaro Telecom – pour s'être entendu sur la fixation et le maintien des tarifs des appels téléphoniques longue distance. Elle leur a aussi ordonné de publier dans un grand quotidien un avis informant le public de la sanction qui leur avait été infligée.

188. Dans ce cadre et à titre de mesure additionnelle, on peut envisager la possibilité de publier des mesures conservatoires, de même que la décision finale imposant la sanction, quelle qu'elle soit, que les autorités administratives et judiciaires ont jugé convenable, comme c'est le cas en France¹⁹⁶ et dans la Communauté européenne. Les milieux d'affaires et, en particulier, les consommateurs seraient ainsi en mesure de savoir si telle ou telle entreprise a adopté un comportement illégal. En Autriche, le Tribunal des ententes peut, au lieu de délivrer des ordonnances à l'intention des entreprises en cause, considérer comme contraignantes les déclarations où ces entreprises prennent des engagements, s'il peut supposer que ces déclarations empêcheront de nouvelles infractions.

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

189. Cette disposition est appliquée au Mexique, où la Commission peut ordonner la «déconcentration partielle ou totale» de la fusion¹⁹⁷. Aux États-Unis, le démantèlement est appliqué dans le cas de fusions et acquisitions illégales¹⁹⁸. Il est à noter que les pouvoirs de démantèlement pourraient être étendus aux situations de position dominante¹⁹⁹.

vi) Restitution aux consommateurs lésés;

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

CHAPITRE XII

Recours

1. Demande de réexamen par l'organe de tutelle de ses décisions en fonction de l'évolution des circonstances.

2. Octroi à une entreprise ou à un particulier de la possibilité de recourir dans un délai de (...) jours auprès de (l'autorité judiciaire compétente) contre tout ou partie de la décision de l'organe de tutelle (ou) sur toute question juridique de fond.

COMMENTAIRES DU CHAPITRE XII ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES

Recours

1. Demande de réexamen par l'organe de tutelle de ses décisions en fonction de l'évolution des circonstances.

2. Octroi à une entreprise ou à un particulier de la possibilité de recourir dans un délai de (...) jours auprès de (l'autorité judiciaire compétente) contre tout ou partie de la décision de l'organe de tutelle (ou) sur toute question juridique de fond.

190. Pour ce qui est du réexamen des décisions de l'organe de tutelle, il est fréquent que les circonstances qui existaient au moment de la décision viennent à se modifier. Il convient de rappeler que l'organe de tutelle peut, par exemple, revoir périodiquement – ou si la situation a évolué – les autorisations qu'il a accordées et, éventuellement, les prolonger, les suspendre ou subordonner leur prolongation à des conditions et obligations. Les entreprises devraient donc avoir, elles aussi, la possibilité de demander la révision des décisions quand les circonstances qui les ont motivées se sont modifiées ou ont cessé d'exister.

191. Le droit d'une personne de recourir contre la décision de l'organe de tutelle est prévu expressément dans la loi de la plupart des pays (par exemple la Lituanie²⁰⁰ et la Fédération de Russie²⁰¹) ou, sans faire l'objet d'une mention expresse, peut exister automatiquement par l'effet des codes de procédure civile, pénale ou administrative (par exemple Colombie²⁰² et Portugal²⁰³). La législation sur la concurrence dans de nombreux pays prévoit divers motifs d'examen en recours, y compris l'examen (selon diverses normes) des constatations de fait et des conclusions de droit consignées dans la décision initiale. Dans d'autres pays, le recours n'est possible que dans les cas expressément mentionnés dans la loi sur la concurrence, comme, par exemple, pour les décisions de l'Administration de la concurrence en Suède²⁰⁴. En Turquie, certaines décisions du Conseil de la concurrence ont été

annulées par le Tribunal administratif suprême (Conseil d'État) en raison de la participation de membres de la Commission à des enquêtes, ce qui était contraire au droit turc qui exige que les enquêteurs ne soient pas les juges²⁰⁵.

192. Le recours peut porter sur une réouverture du dossier ou se limiter, comme au Brésil, en Inde et au Pakistan, à un point de droit. En Italie, les recours contre les mesures administratives adoptées par l'administration chargée de la concurrence, relèvent de la compétence exclusive du Tribunal administratif du Latium (qui est l'autorité judiciaire en matière de questions administratives) à l'exception des procédures d'annulation et de demande de dommages-intérêts, ainsi que des demandes de mesures d'urgence pour lesquelles il convient de saisir la cour d'appel compétente. Les recours peuvent être adressés aux tribunaux administratifs, comme au Gabon, en Lituanie, en Colombie, au Venezuela et en Zambie, ou aux juridictions de l'ordre judiciaire, comme en Côte d'Ivoire, au Panama, en Espagne, en Suisse et en Ukraine, ou aux deux, comme dans la Fédération de Russie, où le recours peut être adressé à un tribunal ordinaire ou un tribunal d'arbitrage²⁰⁶. À ce propos, un tribunal administratif spécial peut être créé, comme, par exemple, en Australie²⁰⁷, au Danemark²⁰⁸, au Kenya²⁰⁹, au Pérou²¹⁰ et en Espagne²¹¹. En Inde et au Pakistan, les recours sont soumis directement à la Cour suprême et à la Haute Cour respectivement. Il en va de même au Pérou, où les recours vont directement à la Cour suprême. En Allemagne, les recours sont portés directement devant les tribunaux. En revanche, dans une affaire de fusion qui a été bloquée par l'organe de tutelle, les parties peuvent solliciter l'autorisation exceptionnelle du Ministre des affaires économiques. En Autriche, les recours vont au Tribunal supérieur des cartels qui émane de la Cour suprême de justice. La nouvelle réglementation algérienne de la concurrence instaure un cadre de collaboration entre les différents organismes chargés de la concurrence, prévoyant que le Tribunal d'Alger doit demander l'avis du Ministre du commerce et du Conseil de la concurrence lorsqu'il examine des recours pour des affaires de concurrence. Des règles spéciales s'appliquent dans ces cas-là, dont le but est d'accroître la transparence et l'efficacité, ainsi que de protéger les droits des parties et le principe de contradiction. Les recours contre le refus d'autoriser des fusions doivent être présentés au

Conseil d'État, compte tenu du caractère administratif de ces décisions.

193. La Communauté européenne a créé un tribunal de première instance spécifiquement chargé de connaître des appels de décisions prises en application de la législation antitrust, ces affaires ayant commencé à surcharger la Cour de justice des Communautés européennes en raison des dossiers volumineux qu'elles représentaient.

CHAPITRE XIII

Action en dommages-intérêts

Octroi à une personne, ou à l'État au nom de cette personne, ou à une entreprise, qui subit une perte ou un dommage en raison de l'action ou omission d'une entreprise ou d'un particulier, contrairement aux dispositions de la loi, de la possibilité de recouvrer le montant de la perte ou du dommage (y compris dépens et intérêts) en saisissant l'autorité judiciaire compétente.

COMMENTAIRES DU CHAPITRE XIII ET FORMULES DIFFÉRENTES RELEVÉES DANS DES LÉGISLATIONS EXISTANTES

Action en dommages-intérêts

Octroi à une personne, ou à l'État au nom de cette personne, ou à une entreprise, qui subit une perte ou un dommage en raison de l'action ou omission d'une entreprise ou d'un particulier, contrairement aux dispositions de la loi, de la possibilité de recouvrer le montant de la perte ou du dommage (y compris dépens et intérêts) en saisissant l'autorité judiciaire compétente.

194. La disposition proposée donnerait le droit à un particulier, ou à l'État pour le compte d'un particulier, ou à une entreprise, d'introduire une instance en cas d'infraction, pour recouvrer le montant des dommages subis, y compris dépens et intérêts. L'action civile se déroulerait normalement devant l'autorité judiciaire compétente, comme c'est le cas dans la Communauté européenne, à moins que les États n'habilitent expressément l'organe de tutelle à cette fin. La législation d'un certain nombre de pays développés dispose que l'État peut engager des poursuites au nom de ses ressortissants²¹². Ce sont là des «actions collectives», dans lesquelles les utilisateurs ou consommateurs d'un service ou d'un bien déterminé qui ont subi un dommage du fait d'un comportement anticoncurrentiel et dont les créances individuelles seraient trop modestes ont le droit d'intenter une action contre des entreprises. Le cas est prévu dans les législations du Canada, des États-Unis et de la France. Les dommages-intérêts du triple, atteignant jusqu'à trois fois les gains supplémentaires obtenus par suite de l'infraction, sont également importants dans les affaires de fixation des prix aux États-Unis.

195. Dans certains pays, les concurrents ou les personnes lésées de manière générale sont autorisés à intenter une action pour atteinte à l'ordre économique, notamment la fixation collusoire des prix, les «prix d'agression» et les ventes liées. Les lois de l'Afrique du Sud, de la Colombie, de l'Estonie, du Mexique²¹³, du Pérou²¹⁴, de la province chinoise de Taiwan, du Venezuela²¹⁵ et de la Zambie vont dans ce sens.

ANNEXES

ANNEXE I

Titres des lois sur la concurrence dans le monde

**Plusieurs pays ont adopté des lois sur la concurrence dans les années 80, 90 et en 2000.
On trouvera ci-après des exemples des titres donnés à ces lois par des pays,
dans l'ordre alphabétique.**

Pays	Titre de la loi sur la concurrence
Afrique du Sud	Loi sur la concurrence (loi n° 35 de 2000)
Algérie	Loi sur la protection de la concurrence économique, ordonnance n° 03-03 de juillet 2003 sur la concurrence
Allemagne	Loi de 1957 sur les restrictions à la concurrence
Argentine	Loi n° 22 262 de 1980 sur la concurrence
Arménie	Loi du 6 novembre 2000 sur la protection de la concurrence économique
Autriche	Loi sur les ententes de 2005
Belgique	Loi du 1 ^{er} juillet 1999 sur la protection de la concurrence économique
Brésil	Loi fédérale n° 8 884 de 1994 sur le système de défense de la concurrence
Bulgarie	Loi de 1998 sur la protection de la concurrence
Burkina Faso	Loi n° 033-2001/AN du 24 décembre 2001 portant modification de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso
Canada	Loi sur la concurrence
Chili	Loi antimonopole
Chine	Loi antimonopole
Colombie	Loi relative à la promotion de la concurrence et aux pratiques commerciales restrictives
Costa Rica	Loi n° 7472 sur la promotion de la concurrence et la protection efficace du consommateur du 20 décembre 1994
Côte d'Ivoire	Loi sur la concurrence
Danemark	Loi sur la concurrence de 1997
Espagne	Loi n° 16/1989 sur la défense et la protection de la concurrence
Estonie	Loi sur la concurrence

Pays	Titre de la loi sur la concurrence
États-Unis d'Amérique	Lois antitrust (loi Sherman, loi Clayton, loi sur la Commission fédérale du commerce, loi Hart-Scott-Rodino sur les améliorations de la législation antitrust)
Fédération de Russie	Loi sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits
Finlande	Loi sur les restrictions à la concurrence
France	Ordonnance n° 86-1243 du 1 ^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence
Grèce	Loi n° 703/77 sur le contrôle des monopoles et des oligopoles et la protection de la libre concurrence
Hongrie	Loi n° LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives
Inde	Loi sur la concurrence de 2002
Irlande	Loi sur la concurrence de 1991 et lois sur les fusions et les prises de contrôle de 1978 à 1996; loi sur la concurrence de 2002
Israël	Loi n° 5748/1988 sur les restrictions à la liberté du commerce
Italie	Loi n° 287/1990, «Règles pour la protection de la concurrence et du marché»
Jamaïque	Loi sur la concurrence loyale
Japon	Loi concernant l'interdiction des monopoles privés et le maintien d'une concurrence loyale dénommée aussi «loi antimonopole»
Kenya	Loi sur les pratiques restrictives commerciales, les monopoles et la régulation du commerce
Luxembourg	Loi du 17 juin 1970 régissant les pratiques commerciales restrictives
Lituanie	Loi sur la concurrence de 1999
Malte	Loi visant à réguler la concurrence et à assurer des pratiques commerciales équitables
Mexique	Loi fédérale sur la concurrence économique
Mongolie	Loi sur l'interdiction de la concurrence déloyale
Nicaragua	Loi n° 601 – Promotion de la concurrence, 24 octobre 2006
Norvège	Loi n° 12 sur la concurrence du 5 mars 2004
Nouvelle-Zélande	Loi sur le commerce de 1986

Pays	Titre de la loi sur la concurrence
Pakistan	Ordonnance sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives (contrôle et prévention)
Panama	Loi sur la protection de la concurrence
Pays-Bas	Loi sur la concurrence du 22 mai 1997
Pérou	Décret législatif contre les pratiques monopolistiques, abusives et restrictives faussant la concurrence
Pologne	Loi du 15 décembre 2000 sur la concurrence et la protection des consommateurs
Portugal	Loi n° 18/2003 du 11 juin 2003, décret-loi n° 10/2003 du 18 janvier 2003
République de Corée	Réglementation sur les monopoles et loi sur les pratiques commerciales loyales
République tchèque	Loi sur la protection de la concurrence commerciale
Royaume-Uni	Loi sur les pratiques commerciales équitables de 1973, loi sur la concurrence de 1980, loi sur la concurrence de 1989, loi sur les entreprises de 2002
Singapour	Loi sur la concurrence (chap. 50B)
Slovaquie	Loi n° 136/2001, Recueil sur la protection de la concurrence, loi n° 465/2002, Recueil sur les dérogations par catégorie à l'interdiction des accords restreignant la concurrence
Sri Lanka	Loi sur la Commission de la concurrence loyale
Suède	Loi sur la concurrence de 1993
Suisse	Loi fédérale de 1985 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
Trinité-et-Tobago	Loi de 2006 sur les pratiques commerciales loyales
Turquie	Loi sur la protection de la concurrence n° 4054 du 7 décembre 1994, telle que modifiée par la loi n° 5388 de 2005
Ukraine	Loi du 11 janvier 2001 sur la protection de la concurrence économique
Union européenne	Règles de concurrence du Traité instituant l'Union européenne
Venezuela	Loi visant à promouvoir et à protéger l'exercice de la libre concurrence
Zambie	Loi de 1994 sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales
Zimbabwe	Loi sur la concurrence de 1996

ANNEXE II

Systèmes antitrust de notification des fusions dans le monde

Système de notification obligatoire avant la fusion		Système de notification obligatoire après la fusion	Système de notification volontaire
Afrique du Sud	Israël	Afrique du Sud	Australie
Albanie	Italie	Argentine	Chili
Algérie	Japon	ex-République yougoslave de Macédoine	Côte d'Ivoire
Allemagne	Kazakhstan	Fédération de Russie	Inde
Argentine	Kenya	Grèce	Norvège
Autriche	Lettonie	Indonésie (à partir de mars 2000)	Nouvelle-Zélande
Azerbaïdjan	Lituanie	Japon	Panama
Bélarus	Mexique	République de Corée	Royaume-Uni
Belgique	Ouzbékistan	Tunisie	Venezuela
Brésil	Pays-Bas		
Bulgarie	Pologne		
Canada	Portugal		
Chypre	République de Corée		
Colombie	République de Moldova		
Croatie	République slovaque		
Danemark	République tchèque		
Espagne	Roumanie		
Estonie	Slovénie		
États-Unis	Suède		
ex-République yougoslave de Macédoine	Suisse		
Fédération de Russie	Taiwan (province chinoise de)		
Finlande	Thaïlande		
France	Tunisie		
Grèce	Turquie		
Hongrie	Ukraine		
Irlande	Union européenne		

Source: Manuel de la CNUCED.

ANNEXE III

Systèmes de contrôle des fusions

1. Pays dotés d'un système de notification obligatoire avant les fusions

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Afrique du Sud					
Système obligatoire Formulaire prescrits devant être remplis mais des détails limités sont exigés.	La notification doit être faite dans les sept jours suivant la date la plus rapprochée: soit de la conclusion de l'accord, soit de l'annonce publique d'un projet d'offre de fusion, soit de l'acquisition par une partie d'une participation majoritaire dans une autre partie.	Pour les fusions de moyenne importance, le délai d'attente pour obtenir un certificat d'autorisation de la Commission est de trente jours, sous réserve du droit de cette commission de proroger cette période de soixante jours au plus. Si aucune réponse n'est reçue de la Commission dans le délai prévu, l'approbation est considérée comme ayant été reçue. Pour les grandes fusions, cette période peut être plus longue et aucun délai n'est spécifié pour que le tribunal procède à une audition, mais celle-ci doit se tenir dans les quinze jours à compter de la saisine du tribunal par la Commission.	Question de savoir si la fusion est susceptible d'avoir pour effet d'empêcher ou de réduire la concurrence sur un marché déterminé. Dans l'affirmative, y a-t-il des gains technologiques, d'efficacité ou autres favorables à la concurrence qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels, et la fusion peut-elle être justifiée pour des motifs importants d'intérêt général?	Une amende administrative représentant 10 % au plus du chiffre d'affaires en Afrique du Sud et des exportations de l'Afrique du Sud peut être infligée lorsque les parties procèdent à une fusion avant d'avoir obtenu l'approbation ou n'ont pas respecté les conditions fixées par l'Administration. Il est prévu que l'Administration peut ordonner le démantèlement forcé.	Des facteurs sociaux et politiques sont pris en compte pour évaluer un projet de fusion, en plus des questions courantes d'efficacité économique et de l'intérêt des consommateurs. Règles spéciales pour les investissements étrangers dans les secteurs des banques et de l'audiovisuel.
Algérie					
Système obligatoire	Les effets sont de nature à renforcer de manière notable la position dominante sur un marché. Part du marché considéré de 40 % au moins suite à l'opération.	Trois mois	Les effets sont de nature à renforcer de manière notable la position dominante sur un marché.		Le Gouvernement peut annuler le rejet par le Conseil de la concurrence d'une fusion si l'intérêt public le justifie.
Allemagne					
Nouvelle législation en vigueur à compter de janvier 1999. Système obligatoire Formulaire de notification: pas de formulaire spécial; plus abrégé que le formulaire CO. En allemand.	Chiffre d'affaires total sur le plan mondial de toutes les parties supérieur à un milliard de DM et au moins une des parties doit avoir un chiffre d'affaires d'au moins 50 millions de DM en Allemagne (exception de minimis). Notification préalable des fusions à tout moment avant leur réalisation.	Phase 1: un mois à compter de la notification. Phase 2: trois mois supplémentaires. Effets suspensifs: interdiction de procéder à la fusion avant autorisation (possibilité d'exemption pour des raisons importantes).	Question de savoir si une fusion créera ou renforcera ou non une position dominante sur le marché (présomptions légales de position de force) qui n'est pas plus que compensée par une amélioration des conditions du marché.	Défaut de notification; notification incomplète, inexacte ou tardive: amendes de 50 000 DM au plus. Réalisation avant autorisation: amendes de un million de DM au plus ou trois fois les recettes supplémentaires; opération nulle. Défaut d'adresser une notification a posteriori: amendes de 50 000 DM au plus.	Dispositions spéciales dans le secteur de l'audiovisuel. Nouvelles procédures de notification pour les banques et les compagnies d'assurances. Notification a posteriori sans «retard excessif» après réalisation de la fusion notifiée.

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Belgique					
Système obligatoire	Chiffre d'affaires total des entreprises étant au moins égal à 100 millions d'euros en Belgique ou deux des entreprises établies en Belgique ayant chacune un chiffre d'affaires au moins égal à 40 millions d'euros en Belgique	Quarante jours ouvrables (phase 1), soixante jours (phase 2).	Entrave notable à une concurrence efficace		
Brésil					
Système obligatoire	La part du marché qui résultera de la fusion doit atteindre au moins 20 % dans le marché considéré ou le chiffre d'affaires mondial doit dépasser 400 millions de reais. La notification doit être déposée dans les quinze jours ouvrables après l'exécution de l'opération.	Trente jours au SEA + trente jours au SDE + soixante jours, interrompus chaque fois que les autorités envoient des lettres officielles demandant un complément d'information. Pas d'effet suspensif.	Les opérations qui faussent ou limitent la concurrence ne seront autorisées que si elles accroissent l'efficacité, et si ces gains d'efficacité sont avantageux pour les consommateurs.	Défaut de notification: les sanctions varient entre 55 000 reais et 5,5 millions de reais.	Les secteurs réglementés sont aussi soumis à des règles spéciales.
Canada					
Système obligatoire	La notification préalable des fusions est obligatoire si les seuils légaux concernant les actifs et le chiffre d'affaires sont dépassés. Les parties peuvent déposer leur notification à tout moment après avoir conclu un accord de principe, sous réserve que des informations suffisantes soient disponibles pour remplir le formulaire.	Une période d'attente de quatorze ou quarante-deux jours en fonction de savoir si un formulaire abrégé ou complet est choisi (sous réserve du droit du commissaire de proroger la période dans le cas d'un formulaire abrégé). Dans de rares circonstances, une période d'attente peut être réduite par l'administrateur responsable. Suspension durant les périodes d'attente.	Question de savoir si la fusion risque d'entraver ou de limiter la concurrence sensiblement dans un marché considéré.	Le défaut de notification d'une opération devant être préalablement notifiée constitue une infraction pénale passible d'une amende de 50 000 dollars canadiens.	Les opérations auxquelles participent des non-ressortissants canadiens doivent être notifiées en application de la loi sur les investissements et peuvent être soumises à l'obligation de notification en vertu des dispositions de la loi sur la concurrence concernant la notification si les seuils sont dépassés. Les fusions concernant des médias, des compagnies d'assurances, des sociétés de prêt et des banques, notamment, peuvent être soumises à l'obligation de notification et examinées en application de la législation propre à la branche d'activité considérée.

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Colombie					
Système obligatoire	Les sociétés exerçant les mêmes activités, par exemple la production, l'approvisionnement, la distribution ou la consommation d'un article, d'une matière première, d'un produit, d'une marchandise ou d'un service déterminé, dont les actifs, soit individuellement, soit conjointement, atteignent au moins 20 millions de pesos (environ 10 000 dollars É.-U.) doivent notifier tous les projets de regroupement et/ou de fusion.	Le directeur dispose d'un délai de trente jours ouvrables à compter de la date de communication des informations pour rejeter le projet de fusion. Si, dans ce délai, le directeur ne donne aucune réponse, la fusion peut avoir lieu.	La question de savoir si la concurrence est ou non indûment restreinte par la fusion.	Si toutes les prescriptions légales ne sont pas respectées, la fusion sera considérée comme nulle de plein droit.	Une décision de la Cour constitutionnelle déclarant que le décret n° 1122 de 1999 est contraire à la Constitution constitue un recul en matière de contrôle des fusions en Colombie; on s'attend à ce que le règlement figurant dans le décret n° 1122 soit publié à nouveau dans un avenir proche, car la décision de la Cour était entachée d'un vice de procédure
Espagne	Si a) suite à l'opération, une part supérieure à 25 % du marché national ou d'un sous-marché géographique défini est acquise ou accrue pour un produit ou service donné, ou b) le chiffre d'affaires global de tous les participants en Espagne dépasse un montant de 240 404 841,75 euros pendant la dernière année comptable, à condition que deux au moins des participants aient chacun un chiffre d'affaires de plus de 60 101 210,44 euros.	Phase 1: un mois à compter de la date de notification au Service de la concurrence pour analyse et renvoi éventuel au Ministère de l'économie pour transmission au Tribunal de la concurrence. Phase 2: Examen par le Tribunal de la concurrence: deux mois. Phase 3: Le Tribunal de la concurrence transmet son rapport au Ministre de l'économie, qui en saisit le Conseil des ministres, lequel a un mois maximum pour décider de ne pas s'opposer à la concentration, de l'interdire ou d'assujettir son approbation à certaines conditions. Même si le rapport du Tribunal n'est pas contraignant, le Conseil des ministres doit motiver toute décision contraire au rapport.	La décision du Ministère de l'économie sur la question de savoir si un projet de concentration ou une opération peut entraver le maintien d'une concurrence efficace sur le marché est prise après analyse de leurs effets réels et potentiels, en tenant particulièrement compte des éléments suivants: a) Définition du marché considéré; b) Structure du marché considéré; c) Autres options offertes aux fournisseurs, distributeurs et consommateurs ou utilisateurs; d) Force économique et financière des entreprises concernées; e) Évolution de l'offre et de la demande;	1. Tout manquement à l'obligation de notification est sanctionné par une amende pouvant aller jusqu'à 30 050,61 euros et 12 020,24 euros supplémentaires par jour de retard. Le Service de la concurrence peut proposer au Gouvernement d'imposer des amendes coercitives allant jusqu'à 2 millions de pesetas, soit 12 020 euros pour chaque jour de manquement aux obligations pertinentes prévues par l'Accord. Sans préjudice de ce qui précède, tout manquement aux obligations prévues à l'article 17 peut conduire le Gouvernement à imposer à chacune des sociétés concernées des amendes allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Espagne pendant l'exercice financier où l'opération de concentration a eu lieu.	La notion de concentration et le mode de calcul du chiffre d'affaires s'inspirent du Règlement sur le contrôle des fusions de l'UE et les communications de la Commission de l'UE. Il existe des dispositions spéciales pour calculer le chiffre d'affaires dans le secteur financier et celui de l'assurance en fonction de l'offre publique d'achat de titres en bourse.

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations	
États-Unis	<p>Système obligatoire</p> <p>Chaque partie doit soumettre une notification.</p> <p>La taxe de notification (qui est versée par la personne faisant l'acquisition) est de 45 000 dollars.</p>	<p>Doit satisfaire aux critères régissant le commerce, la dimension des parties et l'importance de l'opération et ne pas remplir les conditions requises pour bénéficier d'une exemption.</p> <p>Aucun délai de notification.</p>	<p>Période d'attente initiale de trente jours (quinze jours pour les offres publiques d'achat au comptant). Cette période peut être prorogée ou réduite à la suite de la soumission d'une deuxième demande. La période de la phase 2 s'achève le vingtième jour après l'application par toutes les parties des conditions de la deuxième demande (dans le cas d'une offre publique d'achat au comptant, la phase 2 s'achève le dixième jour après l'application par la personne faisant l'acquisition des conditions de la deuxième demande). L'opération est suspendue jusqu'à l'expiration des périodes d'attente.</p>	<p>f) Concurrence extérieure. Le Tribunal peut aussi tenir compte de la contribution que cette opération de concentration pourrait apporter à l'amélioration des systèmes de commercialisation et de production, à la promotion du progrès économique ou technique, à la compétitivité de l'industrie nationale ou aux intérêts des consommateurs et des utilisateurs, et déterminer si cette contribution compense les effets restrictifs sur la concurrence. Dans le cas des entreprises participantes, le Tribunal analyse en particulier les éventuels effets restrictifs sur la concurrence qui découlent de la présence des entreprises participantes et des sociétés mères sur le même marché ou sur des marchés en amont, en aval ou voisins.</p> <p>Question de savoir si l'opération peut sensiblement réduire la concurrence ou tendre à créer un monopole.</p>	<p>Défaut de notification: amende de 11 000 dollars au plus par jour, le démantèlement peut être ordonné.</p> <p>L'opération ne peut être réalisée avant l'autorisation. Les mêmes sanctions sont applicables si l'opération est réalisée avant l'approbation.</p>	<p>Des règles spéciales peuvent être appliquées dans certaines branches d'activité (télécommunications, banques).</p>

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations	
France						
France	Systeme volontaire.	La notification préalable des opérations de concentration est obligatoire si les seuils légaux de contrôlabilité, définis par le chiffre d'affaires des entreprises concernées, sont atteints (chiffre d'affaires total supérieur à 150 millions d'euros et chiffre d'affaires individuel réalisé par au moins deux des entreprises concernées en France supérieur à 15 millions d'euros). Le dossier peut être déposé à tout moment dès lors que les parties ont atteint un engagement irrévocable.	La première phase d'instruction dure cinq semaines à compter de la réception du dossier de notification complet (ou jusqu'à huit semaines au total si les parties déposent des engagements tardifs). La seconde phase, où le Conseil de la concurrence est chargé de rendre un avis consultatif au ministre, dure quatre mois supplémentaires (éventuellement augmentés de quatre semaines si les parties déposent des engagements tardifs). L'opération est suspendue jusqu'à la décision finale, sauf dans le cas des offres publiques (les titres peuvent être acquis, sans que des droits puissent être exercés) ou si une dérogation spécifique a été donnée aux parties qui l'auraient demandée.	Le ministre vérifie si l'opération «porte atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en position de dépendance économique», et éventuellement si l'opération apporte au «progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence». Les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier au problème de concurrence. En fin de phase 2, le ministre peut également prononcer des injonctions sous réserve desquelles l'opération est autorisée.	Défaut de notification, ou réalisation anticipée de l'opération: amende jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France (1,5 million d'euros pour les personnes physiques). Omission ou déclaration inexacte dans la notification: même amende et possibilité de retirer l'autorisation si elle a été accordée, avec obligation de renotifier ou remettre en l'état antérieur. Inexécution des engagements ou injonctions: saisine pour avis du Conseil de la concurrence qui constate l'éventuelle inexécution et fixe la sanction dans les mêmes limites; le ministre peut également retirer l'autorisation ou prononcer un délai d'exécution sous astreinte.	La définition de la notion de concentration et le mode de calcul des chiffres d'affaires déterminant l'obligation de notifier sont identiques à ceux fixés par le règlement n° 4064/89 CE afin de faciliter la tâche des entreprises lorsqu'elles cherchent à déterminer le contrôle auquel elles sont assujetties. Des dispositions spéciales sont prévues pour l'audiovisuel et le secteur bancaire. Les opérations ayant un faible impact sur les marchés en cause font l'objet d'un dossier de notification allégé (cas de l'absence de marché affecté).
Inde						
Inde	Systeme obligatoire	Loi sur les sociétés: acquisition d'actions dépassant 25 %, cession d'actifs supérieurs à 10 %. Code des prises de contrôle: acquisition d'actions égales ou supérieures à 10 % du capital.	Loi sur les sociétés: parts de sociétés étrangères: soixante jours. Aucune autre date limite.	Intérêt de la société ou intérêt public ou intérêt des actionnaires.	Défauts d'exécution: des sanctions sont prévues. Dispositions spéciales pour les sociétés étrangères ayant des entreprises établies en Inde.	
Italie						
Italie	Systeme obligatoire	Chiffre d'affaires global réalisé en Italie par toutes les entreprises concernées supérieur à 387 millions d'euros, ou si le chiffre d'affaires global réalisé en Italie par l'entreprise devant faire l'objet de l'acquisition dépasse 39 millions d'euros. Les seuils sont actualisés chaque année d'un montant égal à l'augmentation de l'indice des prix du PIB.	Phase 1: trente jours à compter de la notification. quinze jours à compter de la notification d'une offre publique d'achat. Phase 2: quarante-cinq jours supplémentaires (prorogables de trente jours supplémentaires lorsque les informations sont insuffisantes).	Question de savoir si la fusion créera ou renforcera ou non une position dominante sur le marché national susceptible de risquer d'éliminer ou de réduire la concurrence d'une manière considérable et durable.	Défaut de notification: amendes de 1 % au plus du chiffre d'affaires des parties en Italie de l'année précédant l'exposé des objections. Réalisation avant autorisation: aucune sanction. Non-respect des obligations relatives à l'interdiction des concentrations: amendes allant d'un minimum de 1 % à un	
	Formulaire de notification: formulaire spécial. Informations détaillées similaires à celles du formulaire CO. En italien.				Dispositions spéciales dans les secteurs de la distribution de films et pour les banques. Frais de dossier s'élevant à 1% du montant des fusions notifiées: 3 000 euros au minimum et 50 000 euros au maximum.	

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations	
Japon	Dépôt d'une notification avant la fusion, à tout moment avant sa réalisation.	Pas d'effet suspensif. D'une manière générale, l'opération peut être mise en œuvre après la notification. Effets suspensifs: au cours de l'enquête qu'elle mène, l'administration italienne chargée de la concurrence peut ordonner la suspension de l'opération jusqu'à la décision finale, en accordant des dérogations limitées pour les offres publiques d'achat.		maximum de 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise faisant l'objet de la concentration et, si la concentration a déjà été réalisée, l'Administration de la concurrence peut exiger que des mesures soient prises pour rétablir les conditions d'une concurrence effective et éliminer tous les effets qui la faussent.		
Système obligatoire	Les participations qui confèrent plus de 10 %, 25 % ou 50 % des droits de vote doivent être notifiées en cas de fusion, de scission (regroupements et acquisitions) et d'acquisition (opérations dénommées ci-après «fusions, etc.»). Toutes les opérations susmentionnées entre une société dont l'ensemble des actifs est supérieur à 10 milliards de yen et une société dont l'ensemble des actifs est supérieur à 1 milliard de yen sont aussi soumises à l'obligation de notification.	Phase 1: La Commission japonaise des pratiques commerciales loyales examine l'opération dans les trente jours suivant la date d'acceptation de la notification de fusion ou de cession. Phase 2: Si la Commission exige des parties qu'elles présentent les rapports demandés dans les trente jours suivant la notification, l'opération est examinée dans les cent vingt jours suivant la date d'acceptation de la notification ou dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date d'acceptation de tous les rapports demandés si cette date est postérieure à la première.	L'autorisation ne sera donnée que si l'effet de la fusion ou de la cession d'entreprises ne restreint pas sensiblement la concurrence dans le marché considéré.	Défaut de notification: amende de 2 millions de yen au plus. Réalisation avant autorisation: amende de 2 millions de yen au plus.	Dans les opérations où une partie importante d'une entreprise est acquise, l'obligation de notification dépend du chiffre d'affaires de l'entreprise se portant acquéreur.	
Mexique	Système obligatoire Dossier et formulaire de notification. Le formulaire est rempli partiellement s'il est clair que l'opération n'a pas d'effets sur le marché, et en totalité s'il est nécessaire d'en évaluer les effets sur le marché. La langue du dossier et du formulaire doit être l'espagnol.	Procédure normale: environ quarante jours ouvrables, peut être portée à cent quarante-cinq jours ouvrables dans les affaires complexes. La notification doit être faite avant la réalisation des fusions. Toute concentration doit être notifiée si elle atteint l'un des seuils suivants:	1) Acquisition d'une part d'une valeur d'environ 44 millions de dollars É.-U. ou plus. 2) Acquisition de 35 % ou plus d'une entreprise dont les actifs ou le chiffre d'affaires sont supérieurs à 76 millions de dollars É.-U. Les actifs ou le chiffre d'affaires des parties de 176 millions de dollars, y compris l'acquisition des actifs ou des parts de capital d'un	Général: opération susceptible de réduire, de fausser ou d'empêcher la concurrence. Spécifique: Acquisition d'une position de force sur le marché, élimination de concurrents ou cloisonnement du marché; opération facilitant les pratiques anticoncurrentielles (a priori selon le critère du caractère raisonnable).	Défaut de notification: amendes (de 300 000 dollars É.-U. au plus) et opération nulle de plein droit. Amende d'un montant équivalent à 225 000 fois le salaire minimum général actuel du District fédéral, pour avoir procédé à toute concentration interdite par la loi; et allant jusqu'à l'équivalent de 100 000 fois le salaire minimum général du District fédéral pour	Les règles de la concurrence régissent la plupart des domaines spécialement réglementés. Des règles spéciales sont appliquées aux secteurs des banques et des télécommunications. La loi s'applique à tous les agents économiques, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales,

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Portugal Système obligatoire	<p>i) Si l'opération, en un acte ou en plusieurs actes successifs, s'élève à plus de l'équivalent de 12 millions de fois le salaire minimum général actuel du District fédéral;</p> <p>ii) Si l'opération, en un acte ou en plusieurs actes successifs, s'élève à 35 % ou plus des actifs ou des actions d'un agent économique dont les actifs ou les actions sont équivalents à plus de 12 millions de fois le salaire minimum général actuel du District fédéral; ou</p> <p>iii) Si participent à l'opération deux ou plus de deux agents économiques dont les actifs ou le chiffre d'affaires global ou séparé dépasse 48 millions de fois le salaire minimum général du District fédéral, et si l'opération met en jeu des actifs globaux supplémentaires ou un capital social équivalant à plus de 4 800 000 fois le salaire minimum général du District fédéral.</p> <p>La notification doit être faite avant la réalisation de l'opération.</p>	<p>montant supérieur à 18 millions de dollars. Essentiellement les actifs ou le chiffre d'affaires au Mexique.</p> <p>Le délai pour l'octroi de l'autorisation est de quarante-cinq jours calendaires à compter du dépôt de la notification. La notification est réputée déposée lorsque les agents communiquent les renseignements exigés par la Commission. Le délai de quarante-cinq jours calendaires peut être prorogé.</p>	<p>Il faut montrer que l'agent qui procède à la concentration n'acquiert pas ou ne renforce pas une position de force importante sur le marché considéré et, de plus, qu'il n'acquiert pas la possibilité de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles.</p>	<p>défaut de notification de la concentration alors que cette notification était obligatoire.</p>	<p>de services ou d'entités de l'administration publique fédérale, nationale ou municipale, d'associations, de groupements de membres de professions libérales, d'administrateurs ou de représentants de toute forme de participation à l'activité économique.</p>
	<p>Part du marché global au Portugal supérieure à 30 % ou chiffre d'affaires total au Portugal supérieur à 30 millions d'escudos.</p> <p>Notification: avant que les opérations juridiques donnant effet à la concentration soient conclues et avant l'annonce de toute offre publique à ce sujet.</p>	<p>Phase 1: Quarante jours à compter de la notification (prorogeables à la suite d'une demande d'information ou si des fausses informations sont notifiées) ou quatre-vingt-dix-jours si l'Administration engage la procédure de plein droit. La notification est adressée au Ministre chargé des questions commerciales aux fins de décision.</p>	<p>Question de savoir si l'opération crée ou renforce une position dominante au Portugal, ou dans une partie importante du Portugal, qui risque d'empêcher, de fausser ou de restreindre la concurrence. Toutefois, l'opération peut être autorisée 1) si le bilan économique de la fusion envisagée est positif, ou 2) si la compétitivité internationale des entreprises participantes sera sensiblement accrue.</p>	<p>Défaut de notification: amendes de 100 000 à 100 millions d'escudos.</p> <p>Réalisation avant autorisation: l'opération n'aura aucun effet juridique avant l'octroi de l'autorisation.</p>	<p>La loi ne s'applique pas aux concessionnaires de services publics dans la limite du contrat de concession. Les dispositions concernant le contrôle des fusions ne s'appliquent pas aux secteurs bancaire, financier ou des assurances qui sont néanmoins soumis à des dispositions spéciales de caractère prudentiel. L'application d'autres réglementations dont le Code des sociétés commerciales, la législation</p>

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations	
République de Corée	La notification doit être faite dans les trente jours à compter de la date des opérations envisagées.	Phase 2: Dans un délai de cinquante à quatre-vingt-quinze jours à compter de la notification, en fonction d'une évaluation positive ou négative de l'opération. Suspension jusqu'à l'octroi de l'autorisation.	Le critère de fond consiste à déterminer si un projet de fusion/acquisition a un effet anticoncurrentiel sur le marché. La part du marché est un facteur important pour déterminer si ce projet a un tel effet.	Défaut de notification: amendes de 100 millions de won au plus. Réalisation avant autorisation: la Commission de la concurrence peut engager une action en annulation d'une fusion à l'encontre de sociétés qui ont violé les dispositions concernant le délai de suspension; amendes de 100 millions de won au plus.	financière et boursière, ainsi que les règles sur les investissements étrangers, peut être pertinente.	
Taiwan (Province chinoise de)	Système obligatoire Formulaire de notification: formulaire spécial	Tous les regroupements importants d'entités dans la Province chinoise de Taiwan lorsque: i) l'entreprise absorbante achètera une part représentant un tiers du marché; ou ii) une entreprise participante détient une part représentant un quart du marché; ou iii) le chiffre d'affaires de l'entreprise participante dépasse 5 milliards de dollars NT. Notification avant la réalisation de l'opération.	La Commission de la concurrence doit rendre sa décision au sujet de l'autorisation dans un délai de deux mois après la réception d'une demande ou, si une modification de la demande ou un complément d'information est nécessaire, après réception d'une telle modification ou complément d'information. Suspension jusqu'à l'octroi de l'autorisation.	Question de savoir si les avantages d'un regroupement pour l'économie générale de Taiwan l'emportent sur les inconvénients résultant de l'atteinte portée à la concurrence.	Défaut de notification: la Commission de la concurrence peut: i) interdire le regroupement; ii) ordonner la scission de l'entreprise résultant du regroupement; iii) ordonner la cession de l'ensemble ou d'une partie des actifs de l'entreprise; iv) ordonner le licenciement des membres du personnel responsables; v) rendre toute autre ordonnance nécessaire. Le défaut de notification est aussi passible d'une amende administrative variant entre 100 000 et 1 million de dollars NT, qui peut être infligée par la suite. L'inobservation d'une ordonnance de la Commission peut donner lieu à une décision contraignante de suspension, de cessation d'activité ou de dissolution de l'entreprise incriminée.	Règles spéciales pour les investissements étrangers dans les secteurs des télécommunications, des services financiers, etc.

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Union européenne	<p>Chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial supérieur à 5 milliards d'euros et chiffre d'affaires dans l'UE par au moins deux parties supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des parties ne réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires à l'intérieur de l'UE dans un seul et même État ou chiffre d'affaires total sur le plan mondial supérieur à 2,5 milliards d'euros; chiffre d'affaires dans l'UE d'au moins deux des entreprises supérieur à 100 millions d'euros chacune; chiffre d'affaires total dans chacun d'au moins trois États membres supérieur à 100 millions d'euros; chiffre d'affaires dans chacun de ces trois États membres réalisé par chacune d'au moins deux de ces entreprises supérieur à 25 millions d'euros, à moins que chacune des parties ne réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires dans l'UE dans un seul et même État. Dépôt d'une notification préalable à la fusion dans un délai de une semaine avant la conclusion de l'accord ou avis d'offre publique ou de prise de contrôle (selon que l'une ou l'autre se produit la première).</p>	<p>Phase 1: un mois à compter de la notification ou six semaines à compter de la notification lorsque les parties ont pris des engagements destinés à servir de base à une décision d'autorisation</p> <p>Phase 2: quatre mois supplémentaires.</p> <p>Effets suspensifs: suspension de l'opération jusqu'à l'adoption de la décision finale avec une exception limitée pour les offres publiques.</p>	<p>Question de savoir si la fusion créera ou renforcera ou non une position dominante qui entravera sensiblement la concurrence dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.</p> <p>En outre, les aspects de coopération des coentreprises en pleine activité sont évalués conformément aux critères des alinéas 1) et 3) de l'article 81. D'une manière générale, les avantages économiques doivent l'emporter sur les inconvénients pour la concurrence.</p>	<p>Défaut de notification: amendes de 1 000 à 50 000 euros.</p> <p>Réalisation avant autorisation: amendes pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total sur le plan mondial des parties.</p>	<p>Règles spéciales pour le calcul des seuils pour les banques et les compagnies d'assurances.</p> <p>Les fusions dans les secteurs du charbon et de l'acier sont soumises aux dispositions du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (avis sur l'alignement des procédures adopté le 1^{er} mars 1998)</p>
Système obligatoire					
Formulaire de notification: Formulaire spécial: formulaire CO. Informations détaillées sur les parties (chiffres d'affaires, secteurs commerciaux, groupes), la proposition de fusion, les marchés concernés, les concurrents et la clientèle.					
Dans l'une des langues officielles de l'UE.					

2. Pays dotés d'un système de notification obligatoire après la fusion

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Argentine					
Système obligatoire	<p>Les fusions et acquisitions de sociétés ayant un chiffre d'affaires en Argentine égal ou supérieur à 200 millions de dollars É.-U., ou un chiffre d'affaires mondial dépassant 2,5 milliards de dollars É.-U. sont soumises à approbation préalable.</p> <p>Notification: avant la signature de l'accord, la publication de l'offre ou la prise de contrôle ou dans un délai de une semaine suivant ces actes.</p>	Quarante-cinq jours.	Question de savoir si la fusion ou l'acquisition créera ou renforcera une position dominante sur le marché susceptible d'être préjudiciable à l'intérêt de l'économie générale.	<p>Le défaut de notification est passible d'une amende de un million de dollars É.-U. par jour de retard. Les sanctions pour la conclusion d'une fusion ou d'une acquisition en violation de la loi sont passibles d'amendes variant entre 10 000 dollars É.-U. et 150 millions de dollars É.-U. Les tribunaux peuvent aussi ordonner la dissolution, la liquidation, la suppression de la concentration ou la cession d'actions des entreprises en cause.</p>	<p>Il n'y a pas d'expérience pratique de l'application de la loi qui vient d'être promulguée.</p> <p>Le règlement d'application qui doit être publié devrait clarifier certaines dispositions de la loi.</p>
Espagne					
Système obligatoire	Chiffre d'affaires global en Espagne supérieur à 40 milliards de pesetas et deux parties au moins doivent détenir chacune plus de 10 milliards de pesetas ou ensemble une part de marché en Espagne (ou dans un «marché défini» en Espagne) de 25 % ou plus.	<p>Phase 1: un mois à compter de la notification.</p> <p>Phase 2: sept mois à compter de la notification.</p> <p>Suspension: aucune obligation suspensive.</p>	Question de savoir si la fusion influera sur le marché espagnol, en particulier en créant ou renforçant une position dominante entravant le maintien d'une concurrence effective.	<p>Défaut de notification: amende de 5 millions de pesetas au plus.</p> <p>Défaut de notification après avoir été invité à déposer une notification par l'Administration: amende de 2 millions de pesetas par jour de retard.</p> <p>Réalisation avant autorisation: aucune sanction.</p>	Dispositions spéciales dans les secteurs de l'électricité, des banques, des télécommunications et des assurances.
Formulaire de notification: formulaire spécial.					
Informations détaillées similaires à celles du formulaire CO. En espagnol.	Notification avant l'exécution de l'opération et en tous cas dans un délai de un mois après la signature de l'accord.				

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Japon	Les participations qui confèrent plus de 10 %, 25 % ou 50 % des droits de vote doivent être notifiées si une société dont les actifs dépassent 2 milliards de yen et dont l'ensemble des actifs est supérieur à 10 milliards de yen acquiert les droits de vote d'une société dont l'ensemble des actifs est supérieur à 1 milliard de yen. Un rapport doit être soumis dans les trente jours suivant la date de l'opération.	Phase 1: La Commission japonaise des pratiques commerciales loyales examine l'opération dans les trente jours suivant la date d'acceptation de la notification de fusion ou de cession. Phase 2: Si la Commission exige des parties qu'elles présentent les rapports demandés dans les trente jours suivant la notification, l'opération est examinée dans les cent vingt jours suivant la date d'acceptation de la notification ou dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date d'acceptation de tous les rapports demandés si cette date est postérieure à la première.	L'autorisation ne sera donnée que si l'effet de la fusion ou de la cession d'entreprises ne restreint pas sensiblement la concurrence dans le marché considéré.	Défaut de notification: amende de 2 millions de yen au plus. Réalisation avant autorisation: amende de 2 millions de yen au plus.	Dans les opérations où une partie importante d'une entreprise est acquise, l'obligation de notification dépend du chiffre d'affaires de l'entreprise se portant acquéreur.

3. Pays dotés d'un système de notification volontaire

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations	
Norvège	<p>Système volontaire.</p> <p>Il n'y a pas de seuil juridictionnel.</p> <p>L'Administration de la concurrence peut intervenir dans une opération de fusion dans un délai de six mois à compter de la date de l'accord final.</p>	<p>L'Administration de la concurrence peut intervenir dans une opération de fusion dans un délai de six mois à compter de la date de l'accord final (ce délai peut être porté à un an). Une notification volontaire commence par une procédure d'opposition dans le cadre de laquelle l'Administration de la concurrence dispose d'un délai de trois mois pour décider si elle procédera à une enquête plus approfondie sur la fusion. Si l'administration ne réagit pas dans ce délai de trois mois, l'opération est considérée comme ayant été autorisée. Si l'Administration décide de procéder à une enquête, elle dispose d'un délai de six mois pour se prononcer. La réalisation de l'opération n'est pas suspendue pendant l'enquête menée par l'Administration de la concurrence.</p>	<p>Le critère de fond pour se prononcer sur l'autorisation est de savoir si l'opération créera ou renforcera une restriction substantielle de la concurrence. Le critère de fond pour se prononcer sur l'autorisation comporte trois phases:</p> <p>1) La part globale du marché des parties dépasse ou non 40 %, ou les parts des trois intervenants les plus importants sur le marché, y compris les parties, dépassent ou non 60 %.</p> <p>2) À la suite de la transaction, les parties seront-elles ou non en mesure d'exercer une position de force sur le marché;</p> <p>3) L'opération créera ou non des gains d'efficacité qui l'emporteront sur les effets négatifs de la restriction de la concurrence.</p>	<p>Aucune amende ou autres sanctions ne sont prévues pour le défaut de notification d'une opération ou pour l'exécution d'une opération avant une autorisation de l'Administration de la concurrence. L'inobservation des décisions de l'Administration de la concurrence constitue une infraction pénale passible d'amendes ou d'une peine d'emprisonnement de trois ans au plus (de six ans en cas de circonstances aggravantes). L'Administration de la concurrence peut aussi infliger des astreintes, et prescrire aux parties de renoncer à tous les gains obtenus à la suite de l'inobservation des décisions qu'elle a prises.</p>	<p>Règles spéciales dans les secteurs des banques, des assurances, des transports maritimes, des industries extractives, de l'énergie, des médias, des télécommunications et de l'agriculture.</p> <p>Des dispositions concernant la notification obligatoire sont prévues par la loi de 1994 sur les acquisitions.</p>	
Nouvelle-Zélande	<p>Un système volontaire s'applique à toutes les fusions qui sont susceptibles ou risquent d'aboutir à l'acquisition ou au renforcement d'une position de force (directives).</p> <p>Formulaire de notification: formulaire spécial.</p>	<p>S'applique à toutes les fusions qui sont susceptibles ou risquent d'aboutir à l'acquisition ou au renforcement d'une position de force (directives).</p> <p>Aucun délai officiel. L'autorisation, si elle est nécessaire, doit être demandée et obtenue avant la réalisation de l'opération.</p>	<p>Aucun délai officiel n'est prévu.</p> <p>Durée de la procédure d'examen: dix jours ouvrables.</p> <p>Durée de la procédure d'autorisation: soixante jours ouvrables.</p> <p>Ces délais peuvent être prorogés d'un commun accord avec les requérants.</p> <p>Effets suspensifs: l'opération ne peut être réalisée si elle n'est pas approuvée.</p>	<p>La fusion ou l'acquisition ne doit pas avoir pour effet ou être susceptible d'avoir pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante sur le marché. La loi permet toutefois de tels effets si l'atteinte portée à la concurrence est plus que compensée par l'intérêt du public.</p>	<p>Aucune sanction n'est prévue pour défaut de notification et/ou réalisation de l'opération avant autorisation.</p> <p>La violation de la loi peut donner lieu à des ordonnances et à des sanctions, y compris à des injonctions, à des amendes de 5 millions de dollars néo-zélandais au plus (2,25 millions de dollars É.-U.), à des ordonnances de démembrement et de cession, et à des dommages et intérêts.</p>	<p>Les investissements étrangers en Nouvelle-Zélande sont soumis aux prescriptions en matière d'approbation des investissements étrangers (en particulier si les acquisitions portent sur des biens fonciers).</p> <p>Les fusions et acquisitions doivent parfois aussi être conformes à la loi sur les sociétés, à la loi sur les investissements étrangers et à la réglementation boursière.</p>

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Royaume-Uni					
<p>Système volontaire.</p> <p>Formulaire de notification: formel ou informel. Si la notification est formelle, formulaire prescrit par l'Administration de la concurrence. En anglais.</p>	<p>Chiffre d'affaires au Royaume-Uni supérieur à 70 millions de livres ou part du marché global au Royaume-Uni de 25 %.</p> <p>Notification, aucun délai officiel.</p>	<p>Aucun calendrier officiel sauf en cas de notification officielle.</p> <p>Phase 1: généralement quatre à sept semaines.</p> <p>Phase 2: vingt-quatre semaines au maximum, en principe, mais des prorogations sont possibles.</p> <p>Effets suspensifs: pas d'effet suspensif.</p>	<p>Question de savoir si la fusion risque d'aller à l'encontre de l'intérêt général.</p>	<p>Défaut de notification: aucune sanction.</p> <p>Réalisation avant autorisation: aucune sanction.</p>	<p>Dispositions spéciales concernant les médias, les compagnies d'eau et les banques.</p>
Venezuela					
<p>Système volontaire.</p> <p>Forme de notification: formulaire spécial.</p>	<p>Montant global du chiffre d'affaires supérieur à l'équivalent de 1,8 million de dollars É.-U.</p> <p>Il n'y a pas de date limite pour la notification.</p>	<p>Quatre mois. Ce délai peut être prorogé de deux mois supplémentaires.</p> <p>Effets suspensifs: aucun.</p>	<p>Facteurs devant être pris en considération:</p> <p>1) niveau de concentration sur le marché considéré avant et après l'opération; 2) obstacles à l'accès de nouveaux concurrents sur le marché; 3) disponibilité de produits de substitution; 4) possibilité de collusion entre les autres fournisseurs restant sur le marché; et 5) effets positifs de l'opération (concurrence effective, intérêts des consommateurs, promotion de la diminution des coûts et du développement de nouvelles technologies).</p>	<p>Aucune sanction n'est prévue pour défaut de notification ou pour l'exécution de l'opération avant l'autorisation.</p>	<p>Des règles spéciales sont appliquées pour le calcul des seuils concernant les banques et les compagnies d'assurances. Des règles spéciales sont appliquées dans les secteurs de l'assurance et des télécommunications.</p> <p>Si une opération n'est pas notifiée, Procompetencia peut engager une procédure en vue d'enquête sur les effets de l'opération sur la concurrence dans le marché vénézuélien dans un délai de un an suivant la réalisation effective de l'opération.</p>

Notes

¹ Commentaires reçus en 2006 et/ou 2007 de l'Allemagne, l'Algérie, l'Autriche, la Belgique, le Brésil, le Burkina Faso, la Colombie, le Costa Rica, la Croatie, l'Espagne, la Hongrie, l'Inde, l'Italie, le Japon, la Lettonie, le Nicaragua, la Norvège, le Paraguay, le Pérou, la Pologne, le Portugal, la République de Corée, la République slovaque, la Serbie, Singapour, la Suède, la Suisse, Suriname, la Trinité-et-Tobago, la Turquie et la Zambie.

² Voir, par exemple, Colombie, Finlande, Hongrie, Inde et Suisse.

³ Voir Chili, Japon et Pologne.

⁴ Les pays et institutions qui mentionnent la notion de «concurrence» dans leur législation sont notamment l'Allemagne, l'Algérie, l'Argentine, le Brésil, le Canada, la Côte d'Ivoire, le Danemark, l'Espagne, la France, la Grèce, l'Inde, l'Italie, la Lituanie, le Maroc, le Mexique, la Norvège, le Panama, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Tunisie et l'Union européenne. Des titres de loi sur la concurrence sont aussi énumérés à l'annexe 1.

⁵ Communication du Costa Rica.

⁶ Loi sur la concurrence de 1985, art. 1.1 (Canada).

⁷ Loi n° 014/98 du 23 juillet 1998 fixant le régime de la concurrence en République gabonaise, art. 2.2.

⁸ Loi sur la concurrence de 2002, art. 1.

⁹ Loi n° LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, introduction.

¹⁰ Loi de la Mongolie sur l'interdiction de la concurrence déloyale, art. 1.

¹¹ Loi n° 29 du 1^{er} février 1996, sur les règles en matière de protection de la concurrence et autres mesures, art. 1 (Panama).

¹² Décret législatif n° 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, article 2 (Pérou).

¹³ Loi 16/1989 sur la défense et la protection de la concurrence (Espagne).

¹⁴ Loi sur la concurrence (1993:20) du 14 janvier 1993, art. 1 (Suède).

¹⁵ *Northern Pacific Railway Co v. United States*, 356 U.S. 1, 4, 78 S.Ct. 514, 517, 2 L.Ed.2d 545, 549 (1958).

¹⁶ Loi sur les pratiques commerciales loyales (province chinoise de Taiwan).

¹⁷ Loi visant à favoriser et à protéger l'exercice de la libre concurrence, art. 1 (Venezuela).

¹⁸ Loi sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales de 1994.

¹⁹ Décision 285 de la Commission de l'Accord de Carthagène, art. 1.

²⁰ Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité de Rome), 25 mars 1957, art. 2 et 3 g) en particulier.

²¹ *Trade Practices Act*, 1974, telle qu'amendée, art. 45 (Australie).

²² Article 10 de la loi fédérale sur la concurrence économique (Mexique).

²³ Chapitre premier de la loi du Royaume-Uni sur la concurrence, 1998.

²⁴ Ordonnance n° 03-03 de juillet 2003 sur la concurrence.

²⁵ Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité de Rome). Rome, 25 mars 1957.

²⁶ Voir TD/B/RBP/15/Rev.1, par. 24 à 26.

²⁷ Loi du Royaume-Uni sur la concurrence de 1995, chapitre premier, et Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité de Rome). Rome, 25 mars 1957.

²⁸ Il convient de noter qu'une autorité de protection de la concurrence, tout particulièrement si c'est un organe administratif indépendant, n'aura pas la mission politique de déterminer comment certaines restrictions seraient contraires à «l'intérêt national» ou influenceraient «le développement économique général» d'un pays. C'est pourquoi les autorisations devraient se fonder, en principe, sur le souci de préserver la concurrence. Ou alors, les gouvernements pourraient envisager la possibilité que leurs autorités nationales soient habilitées à les aider à rédiger une législation nouvelle ou à amender ou réviser les dispositions de la législation existante qui risqueraient de fausser la concurrence, ainsi qu'il est mentionné à l'article 8 1) f) de la loi type, et à donner leur avis consultatif sur toute mesure proposée qui pourrait nuire à la concurrence.

²⁹ Département de la justice des États-Unis, Directives de la Commission fédérale du commerce applicables aux fusions horizontales, 2 avril 1992.

³⁰ *Soc. nationale des ingénieurs professionnels c. États-Unis*, 435 U.S. 679, 692 (1978).

³¹ *Standard Oil Co. of California and Standard Stations Inc. v. United States*, Cour suprême des États-Unis, 1949, 337 U.S. 293, 299, S.Ct. 1051, 93 L.Ed. 1371.

³² Loi sur la concurrence de 2002, art. 2 4) (Inde).

³³ Des producteurs pourraient, aux termes d'un accord anticoncurrentiel, éviter d'opérer dans des secteurs particuliers, ce qui ne serait pas une raison pour définir de façon étroite un marché géographique (commentaires émanant du Gouvernement britannique).

³⁴ Renseignements fournis par le Gouvernement britannique.

³⁵ Loi antimonopole (1973 révisée en 1980 et 2002) (Chili).

³⁶ Voir, par exemple, en ce qui concerne les expéditeurs en douane italiens, l'affaire C-35/96 *Commission des Communautés européennes c. République italienne* (1998 ECRI-3851).

³⁷ Loi du 11 janvier 2001 sur la protection de la concurrence économique (Ukraine).

³⁸ Loi du 6 novembre 2000 sur la protection de la concurrence économique (Arménie).

³⁹ Loi sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales de 1994 et art. 6 i) et art. 3 (Zambie).

⁴⁰ Mercosur/CMC/DEC. n° 29/94 sur les politiques publiques qui faussent la concurrence, premier considérant.

⁴¹ La législation péruvienne autorise l'organe de tutelle à procéder à une enquête et à interdire les actes par lesquels des agents de la fonction publique entravent la libre concurrence. Dans une affaire récente, le Ministre de l'économie et des finances a été convoqué pour apporter des éclaircissements sur une convention conclue entre son ministère et diverses associations de transport, aux termes de laquelle les tarifs des transports urbains étaient fixés à un niveau uniforme. La Commission multisectorielle de la concurrence a jugé la convention contraire à la libre concurrence et a décidé que le Ministre devrait dorénavant s'abstenir de faire conclure des conventions similaires (renseignements communiqués par le Gouvernement péruvien).

⁴² La loi du Royaume-Uni sur la concurrence s'applique manifestement aux activités commerciales des administrations locales, qui, à cet égard, ne jouissent pas d'un statut particulier (bien que nombre de leurs activités ne constituent pas une «fourniture de biens ou de services» et ne s'inscrivent pas «dans la conduite d'affaires», ce qui les soustrait à l'application de la loi sur la concurrence, mais il convient de noter que les activités de l'État ne sont pas toutes des activités de la Couronne (par exemple, le Service national de la santé). D'autre part, le Gouvernement a pour politique de veiller à ce que la Couronne agisse comme si elle était assujettie aux dispositions de la loi sur la concurrence dans ses activités commerciales.

⁴³ Loi sur les pratiques commerciales restrictives, les monopoles et le contrôle du commerce, 1988 (Kenya), art. 5.

⁴⁴ Loi 16/1989 sur la défense de la concurrence, telle que révisée.

⁴⁵ Accord euroméditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République algérienne démocratique et populaire, d'autre part (22 avril 2002).

⁴⁶ Le droit de la propriété intellectuelle concerne la protection juridique associée à l'effort de création ou à la réputation et à la clientèle commerciale. Le domaine de la propriété intellectuelle est extrêmement vaste et englobe les œuvres littéraires et artistiques, les films, les programmes d'ordinateur, les inventions, les dessins et les marques utilisées par des producteurs et des vendeurs de biens et de services. La loi empêche le copiage ou l'exploitation inéquitable du travail ou de la réputation d'autrui et prévoit des mesures correctives le cas échéant (David Bainbridge, *Intellectual Property*, Pitman Publishing, Londres, 1994, deuxième édition). Il existe plusieurs formes de droits ou domaines du droit donnant lieu à des droits qui constituent ensemble la propriété intellectuelle. Selon les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay (Acte final du Cycle d'Uruguay et Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce), la propriété intellectuelle concerne les catégories qui sont reprises dans les sections 1 à 7 de l'annexe 1C à la deuxième partie de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC): droits d'auteur et droits connexes, marques de fabrique ou de commerce, indications géographiques, dessins et modèles industriels, brevets, schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés, et protection des renseignements non divulgués (secrets commerciaux). Devront également être considérés comme relevant de la protection de la propriété intellectuelle tous cas de concurrence déloyale (lorsqu'ils comportent une infraction à un droit exclusif) visés à l'article 10 *bis* de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1967). Il est en outre important de prendre note de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971) et de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (1961) – Convention de Rome. Règlement (CEE) n° 4087/88 du 30 novembre 1988 de la Commission sur les accords de franchisage; Règlement (CEE) n° 556/89 de la Commission du 30 novembre 1988 sur les accords de licence de savoir-faire.

⁴⁷ Décret royal n° 157/1992 du 21 février 1992, développant la loi 16/1989 de juillet 1989 concernant les exemptions globales, les autorisations uniques et un registre pour préserver la concurrence. BOE du 29 février 1992 (RCL 1992, 487), alinéa *f* de l'article premier.

⁴⁸ Art. 144 de la loi intitulée «Copyrights, Patents and Designs Act 1988» et art. 51 de la loi intitulée «Patents Act 1977». Renseignements fournis par le Gouvernement britannique.

⁴⁹ Directives antitrust pour les licences de propriété intellectuelle, publiées par le Département de la justice des États-Unis et la Commission fédérale du commerce et adoptées et publiées le 6 avril 1995. Il est à noter que les directives énoncent la politique d'application de la législation antitrust pour les licences de propriété intellectuelle protégées par la législation sur les brevets, le droit d'auteur et les secrets commerciaux, ainsi que les licences de savoir-faire. Elles ne couvrent pas le traitement antitrust des marques de commerce ou de fabrique. Bien que les principes généraux antitrust applicables à d'autres formes de propriété intellectuelle s'appliquent également aux marques de commerce, les directives traitent des questions de transfert de technologie et des questions relatives aux innovations qui sont généralement liées aux brevets, au droit d'auteur, aux secrets commerciaux et aux accords de savoir-faire, plutôt que de questions relatives à la différenciation des produits, qui sont elles le plus souvent liées aux marques de commerce.

⁵⁰ Art. 40 (deuxième partie, sect. 8) de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

⁵¹ Loi antimonopole, art. 5 (1973 révisée en 1980 et 2002) (Chili).

⁵² *Centrafarm B. V. v. Sterling Drug*, 1974 ECR 1147 (EC); *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 104 S.Ct. 2731 (1984).

⁵³ Par extension de la règle résultant du jugement rendu dans l'affaire *Copperweld*. Voir *Satellite Fin. Planning Corp. v. First National Bank*, 633 F. Sup. 386 (D. Del. 1986), mais aussi *Sonitrol of Fresno v. AT & T*, 1986-1 Trade Cas (CCII), art. 67,080 (la propriété de 32,6 % ne prouve pas l'absence de rivalité).

⁵⁴ *The Monopolies and Restrictive Trade Practices (Control and Prevention) Ordinance*, 1970, telle qu'amendée jusqu'en 1983, art. 2 1) a) (Pakistan).

⁵⁵ *The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*, 1969, telle qu'amendée jusqu'à la loi n° 58 de 1991, art. 2 a) (Afrique du Sud).

⁵⁶ Loi du 24 février 1990 sur l'élimination des pratiques de monopole, art. 2 3) b).

⁵⁷ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits, art. 6 2). Il s'agit des «accords (actions coordonnées) conclus, quelle qu'en soit la forme» (Russie).

⁵⁸ Loi de 1991 visant à favoriser et à protéger l'exercice de la libre concurrence, art. 5.

⁵⁹ Concernant les hausses parallèles de prix, il est à noter qu'on ne peut pas considérer qu'il s'agit dans tous les cas du résultat d'accords tacites ou autres. Par exemple, ce peut être la conséquence d'un relèvement de la taxe à la valeur ajoutée, qui entraînera une hausse simultanée et identique des prix des biens ou des services (commentaires émanant du Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne).

⁶⁰ Loi n° LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 11 2) (Hongrie).

⁶¹ Loi relative à la promotion de la concurrence et aux pratiques commerciales restrictives (Colombie).

⁶² Décret 2153, du 30 décembre 1992, relatif aux fonctions de la Surintendance de l'industrie et du commerce, art. 47.

⁶³ Décision 285 de la Commission de l'Accord de Carthagène, art. 4 f).

⁶⁴ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

⁶⁵ Loi n° LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 13 1) et 2).

⁶⁶ Outre les États-Unis, un certain nombre de pays, par des amendements récemment apportés à leur législation, ont fait des accords fixant les prix et des soumissions collusoires une infraction a priori.

⁶⁷ *Web Pomerene Export Trade Act* de 1918 et *Export Trading Company Act* de 1982. Il convient de noter que la législation antitrust des États-Unis (par la voie de la *Foreign Antitrust Improvements Act* de 1982, 15 U.S.C. art. 6 a) s'applique aux effets anticoncurrentiels sur les marchés d'exportation des États-Unis et non pas uniquement sur leur marché intérieur. D'autre part, les coentreprises constituées aux termes de l'*Export Company Act* des États-Unis ne peuvent être qualifiées de «cartels d'exportation», parce qu'elles ne détiennent pas une position dominante sur les marchés intérieurs ou étrangers; ce sont plutôt des coentreprises axées sur l'exportation, dont les activités sont circonscrites de façon à ne pas avoir de répercussions contraires à la concurrence sur les marchés des États-Unis (renseignements communiqués par le Gouvernement des États-Unis).

⁶⁸ Concernant les ententes à l'exportation, la législation antitrust des États-Unis (aux termes de l'article 13 a) de la loi intitulée «Foreign Trade Antitrust Improvements Act» de 1982) s'applique aux effets anticoncurrentiels sur les marchés d'exportation et le marché intérieur des États-Unis. Il est également à noter que les coentreprises constituées en vertu de la loi intitulée «United States Export Trading Company Act» ne peuvent être considérées comme des «ententes à l'exportation», car elles ne possèdent pas de puissance commerciale sur les marchés intérieurs ou extérieurs des États-Unis; il s'agit plutôt de coentreprises à vocation exportatrice dont les activités sont soigneusement délimitées de façon qu'elles n'aient pas d'effets anticoncurrentiels sur les marchés des États-Unis (renseignements communiqués par le Gouvernement des États-Unis).

⁶⁹ Voir «Soumissions collusoires» – étude du secrétariat de la CNUCED (TD/B/RBP/12).

⁷⁰ Code pénal, 296/B.

⁷¹ Commentaires émanant de la Commission des Communautés européennes. Les règles d'exemption applicables aux accords de distribution exclusive renvoient au Règlement (CEE) n° 1983/83 sur l'application de l'article 85 3) du Traité de Rome à des catégories d'accords de distribution exclusive. Journal officiel L73, 30 juin 1983, p. 1; rectificatif JO L281, 13 octobre 1983, p. 24.

⁷² L'affaire *Associated Press (AP) v. United States* en est un exemple. 326 U.S. 165S Ct. 1416, 86L.Ed. 2013, réouverture du dossier refusée, 326 (802) 1945. Pour plus de détails, voir TD/B/RBP/15/Rev.1, par. 54.

⁷³ *Wilk v. American Medical Association*, 1987, 2CCH Trade Cas., art. 67,721 (N.D. III. 1987).

⁷⁴ Par exemple, la Bourse de New York avait ordonné à un certain nombre de ses membres de supprimer leurs liaisons téléphoniques directes privées avec un organisme non membre, sans donner à celui-ci le moindre préavis, la moindre raison de cette décision, ou la moindre possibilité de présenter ses arguments. Le plaignant (un négociant en titres) a fait valoir que la Bourse de New York, en violation des articles 1 et 2 de la loi Sherman, avait conspiré avec ses sociétés membres pour le priver des services de communications téléphoniques et de télécopieur dont il bénéficiait précédemment et que cela était préjudiciable à ses affaires du fait de l'incapacité d'obtenir des cotations boursières rapidement, de la gêne occasionnée aux autres courtiers qui l'appelaient et du déshonneur que lui causait la mesure prise par la Bourse de New York. La Cour suprême a statué qu'en l'absence de toute justification découlant de l'application d'un quelconque règlement, la Bourse de New York avait agi en violation de la loi Sherman, que la loi sur les transactions boursières ne contenait aucune exemption antitrust expresse pour les échanges boursiers et que le refus collectif de maintenir des télécommunications privées avait lieu dans des conditions totalement injustifiables, en l'absence de procédures équitables. *Silver v. New York Stock Exchange*. 373 U.S. 341, (1963). Pour de plus amples détails, voir: *idem* par. 55.

⁷⁵ L'expression «servira l'intérêt public» à la fin du projet d'articles pourrait être remplacée par «ne portera pas atteinte à l'intérêt public», ce qui permettrait d'éviter d'imposer aux entreprises une charge injustifiée de la preuve et serait propice à l'adoption de pratiques favorables à la concurrence (commentaires émanant du Gouvernement des États-Unis).

⁷⁶ Commentaires émanant de la Commission des Communautés européennes. Les exemples mentionnés au paragraphe 1 de l'article 85 sont les suivants: a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction; b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements; c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement; d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence; e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

⁷⁷ La législation espagnole, sur ce point, a été étoffée par des règlements spéciaux. Décret royal n° 157/1992, du 21 février 1992, amplifiant les dispositions de la loi 16/1989, du 17 juillet 1989.

⁷⁸ Décret 2153, du 30 décembre 1992, relatif à la Surintendance de l'industrie et du commerce, art. 49.

⁷⁹ Loi n° LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 17 1) (Hongrie).

⁸⁰ Révision de la loi lituanienne de 2000, art. 54 de la loi.

⁸¹ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits, art. 6 3).

⁸² Ordonnance n° 03-03 de juillet 2003 sur la concurrence.

⁸³ Commentaires émanant du Gouvernement des États-Unis.

⁸⁴ Commentaires émanant de la Commission des Communautés européennes.

⁸⁵ Commentaires émanant du Gouvernement tunisien.

⁸⁶ Commentaires émanant de la Commission des Communautés européennes.

⁸⁷ Il est nécessaire de faire la distinction entre utiliser une part de marché simplement comme critère juridictionnel – comme au Royaume-Uni, où le fait de détenir une part de marché de 25 % amène une (des) entreprise(s) à faire l'objet d'une enquête – et présumer la culpabilité, ou décider qu'une part de marché d'un certain niveau donne automatiquement lieu à des contrôles, comme en Fédération de Russie, où des entreprises qui détiennent plus de 35 % du marché sont tenues de le notifier à l'autorité chargée des questions de concurrence, sont inscrites sur le «registre des monopoles» et font l'objet d'une certaine supervision de l'État (commentaires émanant du Gouvernement britannique).

⁸⁸ Loi du 24 février 1990 sur l'élimination des pratiques de monopole, art. 2 7).

⁸⁹ Décret-loi n° 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 3 3) a) (République tchèque).

⁹⁰ Loi de la Mongolie sur l'interdiction de la concurrence déloyale, art. 3 1).

⁹¹ Renseignements communiqués par le Gouvernement canadien.

⁹² Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits, art. 4.

⁹³ Lois sur les restrictions à la concurrence, 1957, telle qu'amendée, art. 19 3).

⁹⁴ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Affaire *Akzo*, 3 juillet 1991.

⁹⁵ Loi sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales, 1994, art. 7 2).

⁹⁶ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Jugement «Michelin», 9 novembre 1993.

⁹⁷ Cour de justice des Communautés européennes, 14 février 1978, *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, 27/76, 1978, Recueil, p. 207. *Compagnie Maritime Belge C-395/96 P et C – 396/96 P [2000]*, Recueil I-1365; *Airtours (affaire T-349/99 [2002])*, Recueil II-2585.

- ⁹⁸ Commentaires émanant de la Commission des Communautés européennes. Jugement «Vetro Piano en Italie», 10 mars 1992.
- ⁹⁹ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Décision «Nestlé-Perrier», 22 juillet 1992.
- ¹⁰⁰ Renseignements communiqués par le Gouvernement britannique.
- ¹⁰¹ Pour un complément d'information sur la législation des États-Unis (décisions de la Cour suprême) relative aux restrictions verticales hors prix dans la distribution, voir: *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253, 83 S.Ct. 696, 9 L.Ed.2d 738 (1963) (applique la «règle de raison»); *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 87 S.Ct. 1856, 18 L.Ed.2d 1249 (1967) (applique la notion d'«infraction a priori»), et particulièrement *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 97 S.Ct. 2549, 53 L.Ed.2d 568 (1977) (rejette la notion d'«infraction a priori» de Schwinn et retourne à celle de «caractère raisonnable»).
- ¹⁰² Loi du 2 septembre 1993 de la République populaire de Chine sur la répression de la concurrence déloyale, art. 11. Cette loi énumère en outre un certain nombre de cas de concurrence non réputée déloyale tels que la vente de marchandises fraîches, la baisse saisonnière des prix, le changement de gamme de production ou la cessation de commerce.
- ¹⁰³ Loi de la Mongolie sur l'interdiction de la concurrence déloyale, art. 4 3).
- ¹⁰⁴ Loi n° LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 21 h) (Hongrie).
- ¹⁰⁵ *Mcdonald v. Johnson and Johnson*, n° 4-79-189 (D. Minn, 14 avril 1982).
- ¹⁰⁶ Affaire *Hugin-Lipton*. Décision de la Commission des Communautés européennes, du 8 décembre 1977 (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L. 22, du 17 janvier 1978). De même, *Instituto Chemioterapico Italiano S.P.S. v. Commercial Solvents*, jugement du 6 mars 1974.
- ¹⁰⁷ Voir affaires *Effem and Atlas Building Products Company v. Diamond Block 1 Gravel Company*.
- ¹⁰⁸ Voir note 12, décret législatif n° 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, 1992, art. 5 b).
- ¹⁰⁹ *Trade Practices Act*, 1974, art. 49, sect. 1.
- ¹¹⁰ Renseignements communiqués par le Gouvernement suédois.
- ¹¹¹ Il s'agit de la loi intitulée *Consumer Protection Act* de 1987, selon laquelle une «indication de prix trompeuse» constitue une infraction. Pour examiner si telle ou telle indication de prix est ou non trompeuse, les parties peuvent se référer à un code officiel de conduite approuvé par le Secrétaire d'État en 1988. Le paragraphe 1.6.3 c) prescrit aux commerçants de ne pas citer un prix recommandé dans une comparaison à moins que le prix ne soit sensiblement plus élevé que les prix auxquels le produit était effectivement vendu au moment où ils ont commencé à faire la comparaison. En d'autres termes, un commerçant qui annonce «prix de détail recommandé XXX livres, mon prix est de 50 % inférieur» peut être considéré comme donnant une indication de prix trompeuse et commettant ainsi une infraction pénale aux termes de la loi sur la protection des consommateurs si ce prix de détail recommandé est nettement plus élevé que les prix auxquels les produits sont habituellement vendus par d'autres commerçants.
- ¹¹² Loi sur la concurrence, 1985, art. 61 4).
- ¹¹³ *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L.377/16, du 31 décembre 1980.
- ¹¹⁴ *Cinzano et Cie Gmb c. Jara Kaffee Gmb et Cie*, décision du 2 février 1973.
- ¹¹⁵ *Tepea B. V. c. Commission des Communautés européennes*, affaire 28/77; décision de la Commission du 21 décembre 1976. La décision de la Commission a été confirmée par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 24 juin 1978.
- ¹¹⁶ Arrêt rendu le 10 octobre 1978, affaire 3/78, *Recueil*, 1978, p. 1823.
- ¹¹⁷ Décisions «*Tetra Pak*» du 22 juillet 1991 et «*Hilti*» du 22 décembre 1987. Elles ont respectivement été confirmées par un jugement du tribunal de première instance en date du 6 octobre 1994 et par un jugement de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 2 mars 1994.

¹¹⁸ Commentaires émanant du Gouvernement des États-Unis.

¹¹⁹ Au sujet des refus unilatéraux de vente, voir: *United States v. Colgate & Co*, Cour suprême des États-Unis, 1919. 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465, 53 1.Ed. 992, 7 A.L.R. 443. Également: *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.* 504 U.S. 451 (1992) (jugant qu'un droit monopolistique de refus de traiter avec un concurrent n'est pas absolu, le jury devrait être autorisé à décider si les raisons avancées par le plaignant sont des prétextes).

¹²⁰ Aux États-Unis, ont été jugés illégaux des arrangements de vente liée aux termes desquels des vendeurs exercent leur position de force sur le marché d'un produit pour forcer des acheteurs réticents à en acheter un autre. Voir *Jefferson Parish Hospital District n° 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12 (1984); *Northern Pak Ry v. United States*, 356 U.S. 1 (1958); *Times – Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 605 (1953). La responsabilité de vente liée en vertu de l'article premier de la loi Sherman existe lorsque: i) sont concernés deux produits distincts; ii) le défendeur ne laisse d'autre choix à son client que d'acheter le produit lié afin de pouvoir se procurer le produit principal; iii) l'arrangement affecte un volume important d'échanges commerciaux entre États; et iv) le défendeur possède une situation de force sur le marché du produit principal. *Jefferson Parish Hospital District n° 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 504 U.S. 451, 461-62 (1992). La Cour suprême des États-Unis a défini comme suit les clauses de vente liée: «une partie accepte de vendre un certain produit, mais uniquement à la condition que l'acheteur, de son côté, lui achètera un produit différent (ou lié), ou du moins convient de ne pas acheter ce produit à un autre fournisseur». *Northern Pak Ry v. United States*, 356 U.S. 1, 5-6, 78 S.Ct. 514, 518, 2 L.Ed. 545 (1958). Elle a en outre déclaré: «Le contrat ordinaire de vente liée force le client à prendre un produit ou une marque dont il ne veut pas nécessairement, pour en obtenir un qu'il souhaite vraiment acquérir. Cette entente étant foncièrement contraire à la concurrence, nous (la Cour suprême) avons jugé que son utilisation par une société établie risque "d'affaiblir notablement la concurrence", même si la proportion d'échanges commerciaux visée est relativement faible.». *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 330, 82 S.Ct. 1502, 1926, 8 L.Ed.2d.510 (1962).

¹²¹ Pour une analyse des achats liés sous leurs différentes formes et de la situation juridique dans différents pays, voir CNUCED, «Les achats liés» (TD/B/RBP/18).

¹²² Ordonnance n° 95-06, du 25 janvier 1995, sur la concurrence, art. 7.

¹²³ Loi n° LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 21 f).

¹²⁴ Loi de la Mongolie sur l'interdiction de la concurrence déloyale, art. 4 5).

¹²⁵ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (*Lcart*, RS 251, FF 1995 I 472), art. 7 f).

¹²⁶ Mercosur/CMC/n° 21/94, décision sur la protection de la concurrence, annexe, art. 4 d).

¹²⁷ Voir note 88.

¹²⁸ Voir note 39.

¹²⁹ Communication du Costa Rica.

¹³⁰ Jusqu'à présent, le contrôle des fusions a été présenté dans la loi type, comme dans l'Ensemble, dans le contexte d'un «abus de position dominante». Conformément à la législation moderne sur la concurrence, il est proposé actuellement de faire figurer une disposition distincte sur le contrôle des fusions dans la loi type.

¹³¹ Loi sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales, 1994 (Zambie).

¹³² Loi sur la concurrence, 2002, art. 2 (Inde).

¹³³ Loi sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales, 1994 (Zambie).

¹³⁴ Loi sur la concurrence, 1996 (Zimbabwe).

¹³⁵ Renseignements communiqués par les autorités algériennes.

¹³⁶ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89, du 21 décembre 1989, sur le contrôle des concentrations entre entreprises (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 395, 30 décembre 1989, p. 1. Notamment art. 1.

¹³⁷ Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89, de décembre 1989, sur le contrôle des concentrations entre entreprises (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 395, 30 décembre 1989) tel qu'amendé par le Règlement du Conseil (CEE) n° 1310/97 (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 180, 9 juillet 1997).

¹³⁸ Pour une analyse détaillée de la concentration de la puissance commerciale au moyen de fusions, rachats, coentreprises et autres formes de prise de contrôle, et de ses effets sur les marchés internationaux, en particulier sur les marchés des pays en développement, voir TD/B/RBP/80/Rev.1.

¹³⁹ Les dispositions relatives au renvoi aux autorités compétentes des États membres font l'objet de l'article 9 du règlement du Conseil n° 4064/89.

¹⁴⁰ Les dispositions relatives au renvoi par les autorités compétentes des États membres de l'examen d'une opération à la Commission européenne font l'objet de l'article 22 du règlement n° 4064/89 CE.

¹⁴¹ Par exemple, l'Office coréen de la concurrence a jugé illégale une acquisition regroupant une société qui détenait 54 % du marché des stabilisateurs de PVC et une autre société dont la part était de 19 %. L'acquéreur a reçu l'ordre de céder ses actions. Affaire *Dong Yang Chemical Industrial Co.*, KFTC 153, 13 janvier 1982.

¹⁴² Voir note 18.

¹⁴³ Commentaires émanant du Gouvernement australien.

¹⁴⁴ Selon l'expérience des États-Unis, il est extrêmement improbable que les fusions hétérogènes créent des difficultés en matière de concurrence (observation présentée par le Gouvernement des États-Unis). Au Royaume-Uni, il est peu probable que le cas d'une fusion soit examiné s'il n'y a pas de chevauchement sur un autre marché (commentaires émanant du Gouvernement britannique).

¹⁴⁵ Cf. l'ordonnance du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie du 4 juillet 2001, après l'avis rendu par le Conseil de la concurrence le 12 juin 2001 (cf. www.concentrations.mienfi.gouv.fr).

¹⁴⁶ La société américaine Gillette a racheté en totalité la société britannique Wilkinson Sword, à l'exception des activités de cette dernière dans l'Union européenne et aux États-Unis. En raison de la réglementation relative au contrôle des fusions dans l'Union européenne et aux États-Unis, Gillette n'avait jusque-là acquis qu'une participation de 22,9 % en actions ne donnant pas droit de vote dans le capital de la société Eemland Holding N. V., société néerlandaise et seule actionnaire de Wilkinson Sword Europe, cette acquisition s'accompagnant toutefois d'accords additionnels permettant à Gillette d'exercer une forte influence concurrentielle sur Eemland et donc aussi sur Wilkinson Sword Europe. Gillette et Wilkinson sont les deux plus gros fabricants mondiaux de produits de rasage manuel, notamment de lames de rasoir et de rasoirs, marché considéré tel que défini par toutes les autorités compétentes. Bien que leurs parts de marché varient d'un pays à l'autre, les deux sociétés détenaient sur la plupart des marchés géographiques considérés les deux premières places. Dans de nombreux pays d'Europe occidentale, elles représentaient une part de marché combiné d'environ 90 %. En mars 1993, Eemland a cédé ses intérêts Wilkinson Sword à Warner Lambert et a retransféré les marques et l'activité commerciale dans divers pays non membres de l'Union européenne. Les transactions en question ont entraîné l'ouverture d'enquêtes de concurrence dans 14 juridictions dans le monde. Cette affaire illustre particulièrement bien les problèmes que peuvent soulever des opérations internationales de rachat ou de fusion, du fait qu'elles peuvent avoir des effets sur la concurrence dans de nombreux pays et donc provoquer d'innombrables procédures en vertu de différentes législations. Pour les entreprises concernées, ainsi que pour les administrations, le traitement de tels dossiers peut être extrêmement coûteux en ressources humaines et financières. De toute évidence, ces problèmes n'existeraient pas si de telles affaires pouvaient relever d'une seule législation et d'une seule autorité. Cette autorité n'existant pas, une étroite coopération entre les organismes chargés des questions de concurrence semble être de l'intérêt à la fois des entreprises et des organismes considérés. Pour d'autres cas, voir: cas de pratiques commerciales restrictives ayant des effets dans plus d'un pays, en particulier dans les pays en développement, et conclusions générales concernant les questions qu'ils soulèvent (CNUCED, TD/RBP/CONF.4/6).

¹⁴⁷ Il est à noter qu'en vertu de la législation britannique, les directions imbriquées ne sauraient déterminer à elles seules une situation de fusion. Des directions imbriquées sans d'importantes participations croisées risquent de donner lieu davantage à des accords restrictifs qu'à des fusions. Commentaires émanant du Gouvernement britannique.

¹⁴⁸ La situation ne doit pas être envisagée uniquement au niveau de la direction. Aux États-Unis, l'article 8 de la loi Clayton interdit à toute personne d'exercer la fonction de directeur ou de dirigeant élu ou nommé par le conseil d'administration de deux ou plus de deux sociétés i) si l'ensemble du capital, des excédents et du bénéfice global de chacune des sociétés dépasse 10 millions de dollars (corrigé des effets de l'inflation); ii) si chacune des sociétés exerce en totalité ou en partie des activités commerciales; et iii) si les sociétés sont « concurrentes » ou si un accord entre elles pourrait entraîner une violation de n'importe laquelle des lois antitrust. 15 U.S.C. 19 a) 1) B). Il y a plusieurs exceptions à l'article 8 pour faire en sorte que les arrangements

risquant peu de causer des dommages importants ne soient pas couverts (par exemple, si les ventes concurrentes de chaque société représentent moins de 2 % du total de ses ventes).

¹⁴⁹ N. MUHAMMAD, *Promoting Competition in Regulated Sectors or State Enterprises and the Role of Government on Monopoly Practices in Indonesia*. Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, mars 2001.

¹⁵⁰ Il ressort des travaux d'une table ronde de l'OCDE, organisée récemment par son Comité du droit et de la politique de la concurrence, que l'on y trouve aussi des régimes réglementaires spécifiques dans les secteurs de la radiodiffusion, de la télévision par câble, de l'aviation civile, des transports maritimes, des produits pharmaceutiques, de la banque, des transports interurbains par autobus et par camion, entre autres. Voir OCDE, «Autorités de la concurrence et responsables de la réglementation: leurs rôles respectifs», *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, Paris, 1999, vol. 1, n° 3, p. 193 à 283. Voir aussi les notes sur les questions de politique de la concurrence dans les services d'infrastructure établies pour un colloque de la Banque interaméricaine de développement tenu à Washington en avril 2001.

¹⁵¹ Ces effets de réseaux ou «effets externes de réseau» sont fréquents dans le secteur des technologies de l'information et de la communication. Il y a souvent des avantages à être raccordé à un réseau plus vaste, ou à appliquer une norme plus répandue, car cela augmente le nombre des personnes avec lesquelles on peut interagir ou conduire des transactions économiques. Dès lors que le fait d'être connecté à (ou compatible avec) deux ou plusieurs réseaux (ou normes) entraîne des frais, les consommateurs paieront davantage pour être connectés à un réseau plus vaste. Les marchés qui affichent des effets externes de réseau d'assez grande ampleur peuvent n'être en mesure d'entretenir qu'une seule entreprise. Ces faits ressortent d'études faites par le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE à l'occasion de l'élaboration d'une recommandation de cette organisation sur la séparation des secteurs intégrés verticalement, dont le projet a été rédigé en 2000. Voir en particulier OCDE, *Séparation structurelle dans les secteurs réglementés*, Paris, 2000.

¹⁵² Voir I. De Leon, *The Role of Competition Policy in the Regulation of Infrastructure Industries: Some Lessons from the Latin American Experience*. Washington, Banque interaméricaine de développement, document de travail, 2001.

¹⁵³ R. G. Maru, «Promoting Competition in Regulated Sectors or State Enterprise in Papua New Guinea». Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, 2001.

¹⁵⁴ Un auteur soulignait récemment que, dans le cas des pays en développement d'Amérique du Sud, il arrive très souvent que les institutions de la concurrence n'aient pas le pouvoir d'imposer des sanctions ou d'infirmes la décision des autorités réglementaires. «Lorsque des entreprises réglementées sont exemptées de l'application du droit de la concurrence, rien ne garantit qu'elles seront dûment réglementées en la matière en cas d'entorse à ses règles, car les organismes de réglementation ne sont pas techniquement armés pour traiter les questions de réglementation de la concurrence. En pareil cas, lorsqu'un comportement fautif est décelé et qu'aucune autorité compétente en matière de concurrence n'intervient (par suite de l'immunité en question), la loi ne reconnaît à l'organisme de réglementation aucun pouvoir d'intervenir.» C'est le cas, par exemple, des deux commissions de réglementation de l'énergie de la Colombie et de l'Argentine, «qui ont décelé des comportements abusifs chez les producteurs de gaz, mais n'ont pas pu intervenir». De Leon, op. cit., p. 3.

¹⁵⁵ Entre bien d'autres exposés, voir Chul Ho Ji, *Promotion of Competition in State-owned Enterprises (SOEs) and Regulated Sectors in Korea*. Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, 2001.

¹⁵⁶ Voir en particulier le *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*, vol. I et II, Paris, 1997. Sur les pays en développement et les pays en transition, voir D. Zemanovicova, *Regulatory Barriers to Economic Competition in Transitional Countries*, Bratislava, 1998 (publié dans le cadre du programme Phare d'aide aux pays d'Europe centrale).

¹⁵⁷ Voir, par exemple, OCDE, *Politique antitrust et accès au marché: portée, champ d'application du droit de la concurrence et implications pour les échanges*, Paris, 1996.

¹⁵⁸ Ce paragraphe et les paragraphes suivants ainsi que l'encadré 15 ont été ajoutés suite à des demandes répétées de la Fédération de Russie formulées aux sessions du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence en 2000 et 2001.

¹⁵⁹ La politique de libéralisation de l'UE repose sur un certain nombre de textes appelés «directives». Les principales directives où figurent la notion de service d'intérêt général, ainsi que des dispositions sur la concurrence préservant l'intérêt général sont les suivantes: Directive 71/305/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JOCE 1971, n° L185/5), modifiée par la Directive 89/440/CEE (JOCE 1989, n° L210/1) et codifiée par la Directive 93/37 (JOCE 1993, n° L199); Directive 77/62/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JOCE 1977, n° L13/1), codifiée par la Directive 93/96/CEE (JOCE 1993, n° L199); Directive 89/665/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JOCE 1989, n° L395/33), modifiée par la Directive 92/50 (JOCE 1992, n° L209); Directive 90/531/CEE du Conseil relative aux procédures de passation

des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JOCE 1990, n° L297/1), codifiée par la Directive 93/38 (JOCE 1993, n° L199); Directive 92/13/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JOCE 1992, n° L76/14); Directive 92/50/CEE du Conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JOCE 1992, n° L209/1). En outre, pour définir ce qu'il faut entendre par «intérêt général», la Commission européenne expliquait dans ses Principes directeurs en 1996 que l'extension des règles de la concurrence n'irait pas à l'encontre des obligations de service public susceptibles d'être imposées par les pouvoirs publics aux entités – publiques ou privées – qui fournissent des services destinés à protéger la cohésion économique et sociale, l'environnement, la planification et la promotion des intérêts des consommateurs, ainsi que l'utilisation des sols. Voir *UE, Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe*, Bruxelles, septembre, 1996.

¹⁶⁰ Voir, par exemple, OCDE, *Review of Regulatory Reform in Spain*, Paris, 2000, p. 164.

¹⁶¹ Résolution 39/248 de l'Assemblée générale du 9 avril 1985.

¹⁶² Ibid., par. 15.

¹⁶³ The Monopolies and Restrictive Trade Practices Ordinance (amended), juin 1980.

¹⁶⁴ Décret 2153, du 30 décembre 1992, relatif à la Surintendance de l'industrie et de commerce, art. 3. La Surintendance est également chargée de l'application des lois régissant les brevets, les marques de commerce ou de fabrique, la protection du consommateur, les chambres de commerce, les normes techniques et la métrologie.

¹⁶⁵ Décret-loi n° 25868. Loi portant création de l'Institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle (INDECOPI), art. 2. L'INDECOPI est également chargé de l'application des lois régissant le dumping et les subventions, la protection du consommateur, la publicité, la concurrence déloyale, la métrologie, le contrôle de la qualité et les obstacles non tarifaires, les procédures de faillite, les marques de commerce ou de fabrique, les brevets, les obtentions végétales, les appellations d'origine et le transfert de technologie.

¹⁶⁶ Loi 22.262 pour la préservation de la concurrence, art. 7.

¹⁶⁷ Décret 511, du 27 octobre 1980. Renvoi au décret législatif n° 2.760, art. 16.

¹⁶⁸ Décret 511, du 27 octobre 1980. Renvoi au décret législatif n° 2.760, art. 16 et décret législatif n° 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, 1992, art. 10.

¹⁶⁹ Loi fédérale n° 8884 de 1994 sur le système de défense de la concurrence.

¹⁷⁰ Loi n° LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 38 3) d).

¹⁷¹ *Price Fixing and Anti Monopoly Act*, B.E. 2522 (1979), art. 12 6).

¹⁷² Commentaires émanant du Gouvernement du Royaume-Uni.

¹⁷³ Loi fédérale sur la concurrence économique.

¹⁷⁴ Loi n° LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives.

¹⁷⁵ Loi de la République populaire de Chine du 2 septembre 1993 pour la répression de la concurrence déloyale, art. 32.

¹⁷⁶ Commentaires émanant du Gouvernement du Panama.

¹⁷⁷ Loi n° LVII de 1996, art. 43/G-43/L.

¹⁷⁸ Décret-loi n° 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 13 1) c) et 13 2) (Portugal).

¹⁷⁹ Ordonnance 86 1243, du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 44.

¹⁸⁰ Loi du 15 novembre 1991 relative à l'organisation et aux activités de la Commission de protection de la concurrence, art. 4 3).

- ¹⁸¹ Décret-loi n° 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 13 1) b), c) et d).
- ¹⁸² Loi 16/1989, du 17 juillet, pour la protection de la concurrence, art. 26. On trouvera un complément d'information sur la question dans: *Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria 1992*, p. 66.
- ¹⁸³ Loi sur la préservation de la concurrence économique, art. 50 b).
- ¹⁸⁴ Accord euroméditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République algérienne démocratique et populaire, d'autre part (22 avril 2002).
- ¹⁸⁵ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, art. 31, par. 2; et Règles internes de la Commission fédérale de la concurrence du 12 octobre 1993, art. 4.
- ¹⁸⁶ Décret-loi n° 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 19.
- ¹⁸⁷ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (Cart. RS 251, FF 1995 I 472, art. 25).
- ¹⁸⁸ Décret législatif n° 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, 1992, art. 23 (renseignements communiqués par le Gouvernement péruvien).
- ¹⁸⁹ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes.
- ¹⁹⁰ *Antitrust Amendment Act*, 1990.
- ¹⁹¹ Communication du Gouvernement japonais.
- ¹⁹² Loi n° LVII, art. 78 8).
- ¹⁹³ Loi n° 15 du 15 décembre 2000 sur la protection de la concurrence et du consommateur (art. 101 et 103 a)) et Règlement du Conseil des ministres daté de mai 2004 sur la procédure relative à la demande faite au Président du Bureau de la concurrence et de la protection du consommateur de s'abstenir d'imposer une amende ou de réduire l'amende fixée (Journal officiel de 2004, n° 130, rubrique 1380).
- ¹⁹⁴ Renseignements communiqués par le Gouvernement des États-Unis.
- ¹⁹⁵ Loi n° LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 72 1) c) et 72 2).
- ¹⁹⁶ Ordonnance 86 1243, du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 12 et 15.
- ¹⁹⁷ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, art. 35 I).
- ¹⁹⁸ Renseignements communiqués par le Gouvernement des États-Unis. Il est à noter qu'aux États-Unis, le démantèlement est considéré comme une «mesure corrective structurelle», imposant un certain démantèlement de la structure de l'entreprise ou la vente d'actifs de la société ayant contribué à la situation de restriction persistante du commerce, de monopole ou d'achat. Ces mesures peuvent être subdivisées en trois catégories, comme suit: dissolution, démantèlement et séparation. On parle généralement de dissolution lorsqu'il s'agit de défaire une combinaison ou une association considérée comme illégale; une dissolution peut passer par un démantèlement et une séparation. On parle de démantèlement lorsqu'il est demandé à la société de se défaire de biens, de titres ou d'autres actifs. On parle de séparation pour indiquer l'effet d'une décision ordonnant certains types de démantèlement; c'est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit de remédier à des abus antitrust découlant d'une propriété ou d'un contrôle intégré (telle que l'intégration verticale des fonctions de fabrication et de distribution ou l'intégration de la production et de la vente de produits diversifiés sans liens entre eux quant à leur utilisation ou fonction). Ces mesures correctives ne sont pas expressément stipulées dans un texte réglementaire. Mais l'article 4 de la loi Sherman et l'article 5 de la loi Clayton habilite le Ministre de la justice à entamer une procédure en équité pour empêcher et circonscrire des infractions aux lois antitrust, et stipulent que cette procédure peut prendre la forme d'une requête énonçant le cas et demandant que l'infraction soit frappée d'interdiction. En dehors de ces autorisations réglementaires générales, l'essence de la juridiction d'équité est la possibilité donnée au tribunal d'adapter sa sentence aux particularités du cas. Ainsi, l'invocation par le Gouvernement de l'autorité générale d'un tribunal d'équité en vertu des lois Sherman ou Clayton permet au tribunal de disposer d'une grande marge de manœuvre pour ajuster son jugement de façon à lui donner la plus grande efficacité. Chesterfield Oppenheim, Weston et McCarthy, *Federal Antitrust Laws*, West Publishing Co., 1981, p. 1042 et 1043. Voir également, A study of the Commission's Divestiture Process, Bureau de la concurrence de la Commission fédérale du commerce, 1999, accessible sur <http://www.ftc.gov/os/1999/9908/divestiture/pdf>.

¹⁹⁹ Commentaires émanant du Gouvernement britannique.

²⁰⁰ Loi de 1992 sur la concurrence, art. 14 relatif aux recours contre les décisions de l'Institut des prix et de la concurrence. Il convient de signaler qu'aux termes de la loi le recours en justice ne suspend pas l'application des directives et décisions, à moins que le tribunal n'en décide autrement.

²⁰¹ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation de l'activité de monopole sur les marchés de produits, art. 28 relatif à la procédure de recours contre les décisions du Comité antimonopole.

²⁰² Loi relative à la promotion de la concurrence et aux pratiques commerciales restrictives (Colombie).

²⁰³ Décret-loi n° 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 28 et 35.

²⁰⁴ Art. 62 de la loi de 1993 sur la concurrence. Les décisions prises par l'Administration de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal municipal de Stockholm uniquement dans les cas mentionnés aux articles 60 et 61 de la loi.

²⁰⁵ Communication de la Turquie.

²⁰⁶ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation de l'activité de monopole sur les marchés de produits, art. 28.

²⁰⁷ Tribunal des pratiques commerciales.

²⁰⁸ Juridiction d'appel nommée par le Ministre du commerce.

²⁰⁹ Tribunal des pratiques commerciales restrictives.

²¹⁰ Tribunal pour la défense de la concurrence et de la propriété intellectuelle.

²¹¹ Tribunal pour la protection de la concurrence.

²¹² Voir la loi intitulée *Hart Scott Rodino Antitrust Improvement Act* de 1976 dans le cas des États-Unis.

²¹³ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, art. 38.

²¹⁴ Décret législatif contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, art. 25.

²¹⁵ Loi visant à favoriser et à protéger l'exercice de la libre concurrence, art. 55.