



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

Distr. limitée
10 novembre 2010
Français
Original: anglais

**Sixième Conférence des Nations Unies
chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble
de principes et de règles équitables convenus
au niveau multilatéral pour le contrôle
des pratiques commerciales restrictives**

Genève, 8-12 novembre 2010

**Projet de rapport de la sixième Conférence des Nations Unies
chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes
et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour
le contrôle des pratiques commerciales restrictives**

Tenue au Palais des Nations (Genève), du 8 au 12 novembre 2010

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Résumé du Président.....	2
Session I: Application du droit et de la politique de la concurrence.....	2
1. Recours à des programmes de clémence pour l'application du droit de la concurrence à des ententes injustifiables dans les pays en développement.....	2
2. Examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence de l'Arménie	4

I. Résumé du Président

Session I: Application du droit et de la politique de la concurrence

1. Recours à des programmes de clémence pour l'application du droit de la concurrence à des ententes injustifiables dans les pays en développement

1. M. Fernando de Magalhães Furlan, Commissaire et Président par intérim du Conseil administratif de défense économique (CADE) du Brésil, a prononcé le discours principal. M. Theodor Thanner, Président de l'Autorité fédérale autrichienne de la concurrence, et M. Joseph Wilson, membre de la Commission pakistanaise de la concurrence, ont animé aussi la réunion-débat.

2. Le secrétariat de la CNUCED a présenté brièvement les principales conclusions du document de travail du secrétariat sur les programmes de clémence dans les pays en développement (TD/RBP/CONF.7/4). Ces programmes s'étaient révélés très utiles pour démasquer les ententes dans les régimes de droit de la concurrence bien établis, mais ils n'avaient été adoptés que dans un petit nombre de régimes de droit de la concurrence plus récents dans les pays en développement. Le document de travail du secrétariat soulevait, à partir de là, la question de savoir si les programmes de clémence pouvaient constituer un outil efficace pour lutter contre les ententes dans les pays en développement. Pour répondre à cette question, le document examinait les conditions des programmes de clémence efficaces dans les régimes de droit de la concurrence bien établis, ainsi que les problèmes posés dans les pays en développement. Il était considéré ensuite dans quelle mesure le succès possible des programmes de clémence dans les pays en développement dépendait des conditions spécifiques dans ces pays. Il était conclu que le principal défi pour les autorités de la concurrence de création récente consistait à établir une menace crédible pour faire respecter le droit de la concurrence. Si les membres des ententes n'encourageaient pas un risque important d'être démasqués, poursuivis et condamnés à des amendes dissuasives, ils ne seraient pas incités à se dénoncer volontairement aux autorités de la concurrence et à renoncer aux bénéfices qu'ils tiraient de l'entente.

3. Le participant à la réunion-débat venant du Brésil a présenté l'expérience de son pays sur le recours à des programmes de clémence pour lutter contre les ententes. Les accords de clémence avaient été introduits dans le système juridique brésilien en 2000, un an avant l'adoption par le législatif, pour la première fois dans l'histoire juridique du Brésil, d'un accord de clémence similaire dans les affaires pénales. L'intervenant a déclaré que certaines conditions préalables devaient être réunies pour qu'un programme de clémence soit efficace: a) des procédures prévisibles; b) la protection de l'identité et des données de la partie demandant à bénéficier d'une clémence; et c) un risque élevé pour les membres d'une entente d'être démasqués et sanctionnés. Il a particulièrement insisté sur cette troisième condition. Au Brésil, les enquêteurs se concentraient sur la lutte contre les ententes, et le nombre des perquisitions inopinées et des mises en détention provisoire s'était multiplié entre 2003 et 2007. En ce qui concerne les sanctions dissuasives pour les membres des ententes, au Brésil ces sanctions avaient été aggravées depuis l'introduction du programme de clémence. Si les plus fortes amendes imposées par le CADE en 2003 pour participation à une entente ne représentaient que 1 % en moyenne du chiffre d'affaires des entreprises en cause, en 2010 le CADE avait imposé une amende représentant 25 % du chiffre d'affaires d'un membre du «cartel de l'oxygène» au Brésil. En outre, alors qu'aucune mise en détention provisoire n'avait été imposée en 2003 pour participation à une entente, en 2007 30 mises en détention à ce titre avaient été prononcées. L'intervenant a présenté ensuite le concept brésilien d'«accord de cessation d'activités». Depuis sa création en 1994, la législation brésilienne sur la concurrence prévoyait aussi la possibilité

pour un défendeur dans une affaire d'entente de proposer un «accord de cessation d'activités», à certaines conditions obligatoires. Ainsi, un «deuxième demandeur» dans un accord de clémence, par exemple, aurait encore la possibilité de bénéficier d'une clémence.

4. Le participant à la réunion-débat venant d'Autriche a expliqué le cadre juridique du régime de clémence en Autriche. Ce régime était entré en vigueur en 2006 et avait été adapté à la structure du mécanisme d'application autrichien, caractérisé par une dichotomie institutionnelle avec une séparation entre pouvoir d'enquête et pouvoir de décision. En Autriche, l'Autorité fédérale de la concurrence était chargée des enquêtes en cas d'infraction à la législation sur la concurrence, tandis que le pouvoir de décision appartenait au tribunal des ententes (et au Tribunal suprême des ententes). L'application du programme de clémence relevait de la seule compétence de l'autorité de la concurrence. Ce programme couvrait non seulement la collusion horizontale secrète, mais aussi les accords verticaux et les accords non secrets. En ce qui concerne les conditions fixées, il a été expliqué que le seuil d'immunité serait peu élevé: a) Le demandeur devait être le premier à faire connaître l'existence de l'entente; et b) l'autorité de la concurrence ne devait pas avoir eu connaissance de la pratique anticoncurrentielle avant la présentation de la demande. Il n'était pas prévu dans le régime de clémence autrichien de seuil de preuve, mais le demandeur était tenu de présenter tous les éléments de preuve en sa possession, au titre de son devoir de coopération. Grâce aux actions de diffusion menées, le programme de clémence autrichien avait gagné en efficacité. L'introduction du système de clémence et sa diffusion avaient contribué à la mise en place d'une culture de la concurrence en Autriche.

5. Le participant à la réunion-débat venant du Pakistan a donné un aperçu de l'histoire de la législation de son pays en matière de concurrence et de son cadre d'application. Compte tenu du caractère temporaire et éphémère des ordonnances initiales sur la concurrence, il avait été difficile de promouvoir une culture de la concurrence au Pakistan. En 2010, il avait été promulgué une législation sur la concurrence donnant davantage de permanence au régime de la concurrence. Le programme de clémence, conçu pour remédier aux lacunes périodiquement observées dans l'application de la législation sur la concurrence, était contenu dans l'article 39 de la loi. Cet article instituait la base juridique des programmes de clémence et s'appliquait aux accords interdits, c'est-à-dire les ententes. Des pouvoirs discrétionnaires étaient conférés à la Commission de la concurrence, qui devait tenir compte du moment où la demande de clémence était présentée et du type d'information fournie. Pour bénéficier d'une clémence, l'entreprise devait mettre fin à sa participation à l'entente. En cas de non-respect des conditions, la mesure de clémence pouvait être révoquée.

6. Au cours du débat qui a suivi, d'autres participants se sont exprimés. Le représentant de la Zambie a fait savoir que son pays n'avait pas de programme de clémence formellement établi. Mais les ententes étaient sanctionnées par des amendes qui pouvaient atteindre un montant de 2 millions de dollars, et les pratiques d'entente étaient passibles de sanctions pénales. Étant donné que des sanctions pénales étaient applicables, aucune autre preuve qu'un doute raisonnable n'était nécessaire pour établir l'infraction. Un programme de clémence figurait en bonne place dans la nouvelle législation adoptée en 2010. Pour l'intervenant, l'exemple du Brésil démontrait clairement que si le programme de clémence n'était pas complété par des mesures réellement dissuasives et par des ressources suffisantes pour enquêter sur les entreprises participant à des ententes et pour les poursuivre, les entreprises n'auraient pas recours au programme de clémence.

7. Un juriste privé faisant partie de la délégation de l'Union européenne a évoqué la situation des entreprises ayant à décider si elles devaient demander à bénéficier d'une clémence dans une juridiction particulière, ainsi que les considérations à prendre en compte quand un membre d'une entente devait présenter de multiples demandes. Il s'est référé plus particulièrement dans son intervention aux avantages d'un régime de clémence pour les

entreprises, qui étaient fortement incitées ainsi à éviter des amendes. Selon l'intervenant, les entreprises se bousculeraient pour bénéficier d'un régime de clémence si celui-ci comportait certaines précisions essentielles comme: a) une définition claire des avantages; b) l'immunité de poursuites pénales pour les employés du demandeur; c) la nature et la portée des informations que devait fournir le demandeur; d) des procédures transparentes et prévisibles; et e) la démonstration que d'autres entreprises avaient jugé le programme de clémence prévisible et avantageux.

8. Il a aussi été noté que pour qu'un programme de clémence soit réussi, il fallait qu'il y ait un «système de marqueur», que les perspectives de retrait de la demande de clémence soient rares et difficiles, et que le seuil prévu pour bénéficier d'une clémence soit peu élevé. Enfin, les autorités chargées de la concurrence devraient s'efforcer d'harmoniser leurs différents régimes de clémence, harmonisation très importante pour de nombreuses parties qui envisageaient de demander une clémence.

9. Les représentants de plusieurs pays présents à la session sont intervenus et ont fait des déclarations, essentiellement sur trois points. Premièrement, on se demandait si la législation permettait de prendre en compte une demande de clémence présentée simultanément par deux participants ou plus à une entente. Cette question avait été soulevée par l'Inde et par la Tunisie. Le Brésil, l'Autriche et l'Union européenne se sont accordés à répondre qu'un régime prévoyant une clémence pour la première entreprise puis, par un système de réductions d'amende au prorata, pour celles qui se présentaient ensuite pouvait parfaitement fonctionner.

10. La deuxième question portait sur le fait qu'un régime de clémence devait être complété par: a) des outils très dissuasifs, comme de fortes amendes ou la possibilité de sanctions pénales pour les parties à une entente; et ii) une confidentialité des procédures menant à la négociation et à la conclusion d'un accord de clémence. Sur ce dernier point, il a été noté que l'immunité de poursuites au civil n'était pas un avantage prévu dans la plupart des régimes de clémence dans le monde. Il n'existait donc pas d'immunité de poursuites en dommages-intérêts, et les entreprises savaient qu'elles devraient se défendre contre des poursuites au civil si elles présentaient une demande de clémence.

11. La troisième question consistait à savoir si le régime de clémence devait être incorporé dans la législation sur concurrence, ou bien s'il pouvait faire l'objet de règles subsidiaires. Ce problème avait été soulevé par l'Ouganda. Plusieurs pays – dont le Brésil, le Pakistan et l'Autriche – ont fait valoir que chez eux le programme de clémence était un élément des règles juridiques de fond et qu'il était incorporé dans le droit de la concurrence ou dans une autre législation complémentaire. Il a été noté, toutefois, qu'indépendamment du cadre juridique adopté pour appliquer le régime de clémence, il fallait que ce dernier bénéficie d'une diffusion à grande échelle. Selon l'Autriche, la diffusion du régime de clémence représentait un bon moyen de développer une culture de la concurrence au sein des entreprises.

12. Un consensus s'est dégagé entre le Brésil, l'Autriche et le Pakistan, qui animaient la réunion-débat, sur le fait qu'un régime de clémence était le meilleur moyen de faire respecter le droit de la concurrence et de combattre les ententes quant les ressources humaines et financières nécessaires faisaient défaut. Il a été noté que pour les pays en développement qui adoptaient maintenant une législation sur la concurrence, l'adoption d'un régime de clémence permettrait de contourner le problème du manque de ressources pour enquêter sur les ententes et pour les sanctionner.

2. Examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence de l'Arménie

13. L'examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence de l'Arménie était présidé par M. Bruno Lasserre, Président de l'Autorité française chargée de

la concurrence. Les autres examinateurs étaient M. Markus Lange, chef du Département des relations internationales de l'Autorité allemande de la concurrence; M. Jozsef Sarai, chef du Département des relations internationales de l'Autorité hongroise de la concurrence; M^{me} Anna Maria Tri Anggraini, Vice-Présidente de l'Autorité indonésienne de la concurrence; et M. Andrey Tsyganov, chef adjoint de l'Autorité de la concurrence de la Fédération de Russie. La délégation arménienne était coprésidée par M. Nerses Yeritsyan, Ministre de l'économie de la République d'Arménie, et par M. Artak Shaboyan, Président de la Commission d'État pour la protection de la concurrence économique de la République d'Arménie. Elle comprenait des fonctionnaires de la Commission d'État pour la protection de la concurrence économique et du Ministère de l'économie, ainsi que des représentants du tribunal administratif.

14. Après des remarques liminaires du Secrétaire général, la première session de l'examen collégial a débuté par une présentation des principales conclusions du rapport «Examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence de l'Arménie» (UNCTAD/DITC/CLP/2010/1) par M. William Kovacic (États-Unis) et M. David Lewis (Afrique du Sud), consultants auprès de la CNUCED. Leur exposé couvrait: a) les fondements et l'histoire de la politique de la concurrence en Arménie, y compris le contexte historique, politique et économique; b) le cadre juridique; c) les aspects institutionnels de l'application du droit de la concurrence en Arménie, y compris les ajustements possibles des structures et des pratiques pour l'application de la politique de la concurrence; et d) les principales conclusions et recommandations.

15. Les consultants ont souligné deux éléments fondamentaux de la vie politique et économique de l'Arménie, qui avaient une incidence directe et puissante sur la législation et la politique de la concurrence: a) le statut de l'Arménie en tant qu'économie en transition qui était jusqu'à récemment une économie planifiée au sein de l'Union soviétique; b) sa situation géopolitique dans le sud du Caucase. Ces facteurs conditionnaient le fonctionnement et la structure de l'économie, l'aptitude du pays à commercer avec le reste du monde et les déséquilibres de ses échanges, l'interdépendance de la propriété privée et de la vie des institutions publiques, la taille de «l'économie souterraine», le nombre des Arméniens de la diaspora et leur contribution à l'économie du pays. Les consultants ont présenté brièvement la transition de l'Arménie postsoviétique vers l'économie de marché, notamment le processus de privatisation engagé après l'éclatement de l'Union soviétique. Concernant la situation économique et politique, on a souligné que les marchés importants (sucre, riz, céréales et combustibles) étaient caractérisés par une très forte concentration et aussi par le fait que le pays ne disposait que de peu de points d'entrée et de sortie pour la circulation des marchandises. Les consultants ont insisté particulièrement sur le phénomène de «l'économie souterraine», qui faisait que les acteurs du marché structuré s'abstenaient de déclarer une bonne partie de leur commerce et de leurs ventes afin d'échapper à l'impôt et aux droits de douane. Cette dissimulation induisait une sous-estimation notable de l'ampleur de l'économie et donnait aux entreprises occupant une position dominante sur le marché un gros avantage compétitif sur d'éventuels nouveaux venus, dissuadant ainsi l'arrivée de nouveaux concurrents.

16. En ce qui concerne les dispositions législatives régissant la concurrence en Arménie, les consultants ont indiqué que «la libre concurrence économique» était garantie par la Constitution et que le Code pénal sanctionnait certaines formes de comportement anticoncurrentiel. La loi de la République d'Arménie sur la protection de la concurrence économique avait été promulguée en 2000 et la SCPEC avait été créée en 2001. La loi portait sur les aspects suivants: a) ententes horizontales et verticales anticoncurrentielles; b) abus de position dominante/pratiques de monopole; c) concentration (fusions); d) concurrence déloyale; e) aide de l'État. Elle définissait les objectifs et les fonctions de la Commission, ses pouvoirs et sa composition, ainsi que les sanctions et mesures correctives en cas d'infraction à la loi.

17. Les consultants ont signalé plusieurs domaines où il convenait d'améliorer le cadre législatif: formulation de l'interdiction de conclure des accords anticoncurrentiels, définition de la notion de position dominante, obligation de tenir un registre des sociétés occupant une position dominante, révision du régime de surveillance des fusions et dispositions relatives à l'aide de l'État. La principale lacune du cadre législatif en vigueur concernait les pouvoirs d'enquête de la SCPEC, qui étaient manifestement insuffisants pour lui permettre de s'acquitter convenablement de ses fonctions. Par ailleurs, les consultants ont souligné que la situation budgétaire de la Commission était déplorable et demandait à être corrigée sérieusement. La présentation s'est achevée sur un commentaire des principales recommandations adressées aux organes législatifs, au Gouvernement et à la SCPEC.

18. Dans ses observations sur le rapport relatif à l'examen collégial, le Ministre arménien de l'économie a souligné que pour évaluer le droit et la politique de la concurrence il fallait les replacer dans le cadre des réformes plus larges menées en Arménie. La récente crise économique avait fait apparaître les points forts et les points faibles de l'économie et la nécessité d'opérer un certain nombre de réformes, concernant notamment le droit et la politique de la concurrence. Le Ministre a souligné que le rôle du secteur public dans l'économie était très modeste. Environ 80 % des entreprises étaient privées et l'emploi dans ces entreprises représentait lui aussi 80 % du total. L'Arménie avait déjà engagé une réforme législative de son régime de la concurrence avec l'aide de la Banque mondiale. En conséquence, certaines des recommandations du rapport sur l'examen collégial allaient être mises en œuvre prochainement.

19. Le Ministre de l'économie a été suivi par le Président de l'organisme responsable de la concurrence, qui a indiqué que la SCPEC avait élaboré récemment un plan stratégique de grande envergure portant sur trois ans. Outre les objectifs stratégiques, le plan fixait un calendrier pour certaines activités et ressources qui étaient nécessaires à la réalisation de ces objectifs. Chose importante, le Gouvernement avait déjà approuvé les modifications à apporter à la législation pour mettre en œuvre les recommandations formulées dans le rapport sur l'examen collégial, et des propositions dans ce sens étaient présentées au Parlement.

20. Les interventions de la délégation arménienne ont été suivies par une séance de questions-réponses. Les questions posées concernaient les grandes catégories suivantes: a) contexte économique et politique du régime juridique de la concurrence; b) quelques aspects particuliers de la législation sur la concurrence; c) pouvoirs de la SCPEC; d) action de coopération nationale et internationale de la SCPEC; e) stratégie d'ensemble de la SCPEC et résultats obtenus.

21. À la deuxième séance, la délégation arménienne a eu la possibilité de poser des questions précises à des organismes responsables de la concurrence d'autres pays, afin de profiter de leur expérience. Elle a demandé d'abord comment l'organisme responsable pouvait mesurer ses résultats et son efficacité. Le représentant des États-Unis a suggéré à l'Arménie de mettre au point une stratégie énonçant les objectifs de la Commission, engageant clairement un débat public et portant notamment sur la validité de son programme. On pouvait mettre en place un mécanisme spécialement chargé de mesurer les effets de l'action de la Commission, par exemple en suivant de près les réalisations auxquelles chaque projet était censé aboutir, et en travaillant avec les milieux universitaires, des conseillers indépendants des pouvoirs publics et des groupes de réflexion. Enfin, il a été suggéré à l'Arménie de suivre l'évolution de telle ou telle initiative pour discerner comment elle avait permis d'attirer davantage d'investissements étrangers. La deuxième question posée par l'Arménie concernait la manière dont la notion de position dominante était définie dans d'autres pays, question qui a reçu une réponse de l'Allemagne. En raison du temps limité dont on disposait pour la séance, il a été décidé que les autres questions de la

SCPEC seraient publiées sur le site Web du secrétariat de la CNUCED et les délégations ont été invitées à faire part à la SCPEC de leur expérience et de leurs connaissances à ce sujet.

22. À la troisième séance, le secrétariat de la CNUCED a présenté un projet d'assistance technique destiné à donner suite aux conclusions et recommandations du rapport. Le secrétariat avait prévu certaines activités d'assistance technique en fonction des recommandations issues de l'examen collégial, de manière à compléter la coopération entre l'Arménie et d'autres organisations internationales qui soutenaient le régime arménien de la concurrence, notamment l'Agence allemande de coopération technique (GTZ), l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et la Banque mondiale. Le secrétariat a pris note du plan stratégique adopté par l'Arménie pour les trois années à venir et consistant: a) à modifier sa législation; b) à renforcer les capacités et à mener une action de sensibilisation concernant le droit et la politique de la concurrence; c) à encourager les efforts de gestion rationnelle des ressources; d) à rechercher des modalités de coopération internationale. La parole a été donnée aux partenaires de développement de l'Arménie, qui ont exposé leur rôle futur en matière d'aide technique.

23. La GTZ a indiqué que l'Allemagne était intéressée au premier chef par la coopération avec l'Arménie car elle était son principal partenaire commercial parmi les États membres de l'UE. Elle privilégiait le renforcement des capacités, l'action de sensibilisation et la formation des experts; elle participerait à l'action menée pour augmenter le nombre d'experts de la SCPEC. L'OSCE a exposé dans les grandes lignes son action en Arménie, qui portait notamment sur le droit et la politique de la concurrence. Elle continuerait de participer à la promotion de la légalité et à des programmes visant à étoffer les compétences des magistrats. Pour l'OSCE, on ne saurait trop insister sur le lien qui existait entre la légalité et la concurrence loyale. Un mémorandum d'accord mettant au point les mécanismes de l'aide qui serait apportée à la SCPEC avait été signé récemment. La Commission allait recevoir des instruments lui permettant de mesurer l'efficacité des mesures prises pour faire respecter la loi et les règles de la concurrence.

24. Un consultant engagé par la Banque mondiale a signalé que le travail de la Banque avait commencé par un rapport général sur l'économie de l'Arménie et une évaluation de la situation. Les conclusions du rapport, publié au milieu de 2009, coïncidaient en grande partie avec les résultats de l'examen collégial quant aux problèmes diagnostiqués et aux solutions proposées. En conséquence, la Banque mondiale allait s'attacher principalement à définir la législation et les principes directeurs qui avaient le plus de chances de convenir au contexte socioéconomique de l'Arménie.