



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

Distr. limitée
30 avril 2012
Français
Original: anglais

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

Douzième session

Genève, 9-11 juillet 2012

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

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

**Loi type sur la concurrence (2012)
Chapitre III révisé¹**

¹ Révision du document TD/RBP/CONF.7/L.3.

Accords ou arrangements restrictifs

I. Interdiction des accords ci-après entre des entreprises qui ont des activités rivaless 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.

Commentaires du chapitre III et formules différentes relevées dans les législations existantes

Introduction

1. Le chapitre III de la loi type sur la concurrence préconise l'interdiction des «*accords ou arrangements restrictifs*». Cet article a été rédigé en s'inspirant du paragraphe 3 de la section D de l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence, qui se lit comme suit:

«Les entreprises, 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, devraient, quand elles se livrent sur le marché à des activités qui sont concurrentes ou peuvent le devenir, s'abstenir de pratiques comme celles mentionnées ci-après, si, par des accords ou arrangements officiels, non officiels, écrits ou non écrits, elles limitent l'accès aux marchés ou, de toute autre manière, restreignent indûment la concurrence, portant ou risquant de porter préjudice au commerce international, en particulier au commerce des pays en développement et au développement économique de ces pays:

- a) Accords fixant les prix, y compris les prix à l'exportation et à l'importation;*
- b) Soumissions collusoires;*
- c) Arrangements de répartition des marchés ou de la clientèle;*
- d) Répartition, au moyen de contingents, des ventes et de la production;*
- e) Action collective pour donner effet à un arrangement, par exemple refus concerté de vente;*
- f) Refus concerté d'approvisionner des importateurs éventuels;*
- 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».*

2. Le libellé actuel du chapitre III – «*accords entre des entreprises qui ont des activités rivales ou susceptibles de l'être*» – donne à penser que l'interdiction des accords anticoncurrentiels ne concerne que les accords horizontaux. Néanmoins, étant donné que de nombreuses législations proscrivent les accords anticoncurrentiels horizontaux et verticaux, les commentaires du chapitre III traitent aussi des accords verticaux.

Accords ou arrangements

3. Contrairement à l'interdiction de pratiques individuelles d'entreprises, l'interdiction d'accords anticoncurrentiels est motivée par les dommages à la concurrence résultant de la collusion ou de la coopération de plusieurs entreprises indépendantes. La relation entre ces entreprises se traduit par la notion d'accord ou d'arrangement. La notion d'«accord» dans la législation relative à la concurrence n'a pas forcément le même sens que dans le droit civil d'un pays et ce terme est habituellement interprété dans un sens large de manière à englober tous les types de comportement pertinents.

4. Un accord peut revêtir diverses formes. Il peut être écrit ou oral, officiel ou non officiel. Un simple hochement de tête peut avoir valeur d'accord². Un certain nombre de lois sur la concurrence sont ainsi rédigées de manière à englober toutes les formes d'accords. De même, l'interdiction s'applique à n'importe quel accord, que les parties aient ou non l'intention de lui donner force obligatoire. Souvent, les pratiques concertées ou des formes de concertation plus informelles peuvent être visées par l'interdiction des accords anticoncurrentiels.

5. Étant donné que les groupements professionnels peuvent jouer un rôle essentiel dans la conclusion et le maintien d'accords, de nombreux droits de la concurrence englobent les décisions de groupements professionnels dans la définition qu'ils donnent d'un accord. Au contraire, certains pays comme la République de Corée et le Malawi ont adopté des dispositions distinctes pour réprimer les comportements illicites de groupements professionnels.

6. Il convient de noter qu'un accord entre entreprises sous propriété commune ou contrôle commun n'est généralement pas visé par l'interdiction des accords anticoncurrentiels. Les entreprises sous propriété commune ou contrôle commun sont considérées comme constituant une seule entité économique qui agit comme un acteur unique sur le marché. Cette notion apparaît aussi au paragraphe 3 de la section D de l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence, qui dispose que les accords anticoncurrentiels entre entreprises sont interdits *«sauf quand celles-ci 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»*.

7. Contrairement aux accords anticoncurrentiels et pratiques concertées, la notion de position dominante collective ou conjointe existe dans certaines juridictions. Elle implique plusieurs entreprises, mais vise les comportements oligopolistiques, à savoir les comportements parallèles au sein d'un oligopole³, qui ne se caractérise par aucune forme d'accord ou de concertation.

Formules différentes relevées dans les législations existantes – Notion d'accord

Pays

Union européenne	«Tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées» (art. 101, par. 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).
Inde	«Le terme "Accord" s'entend de tout arrangement, convention ou action concertée, i) que cet arrangement, cette convention ou cette action concertée soit ou ne soit pas officiel ou écrit; ou ii) que cet accord, cette convention ou cette action concertée soit destiné ou non à être exécutoire» (loi sur la concurrence de 2002, art. 2).
Jamaïque	«Tout accord, arrangement ou convention, oral ou écrit, qu'il soit ou non destiné à avoir force exécutoire» (loi sur la concurrence loyale, art. 2).

² *Esco Corp. c. États-Unis*, 340 F.2D 1000, 1007 (9th Circ. 1965).

³ Whish R (2009). *Competition law*. Oxford University Press. 6^e éd.

Pays

Afrique du Sud	«Tout accord ou pratique concertée entre des entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises "lorsque cet accord englobe" un contrat, un arrangement ou une convention ayant force exécutoire ou non» et une pratique concertée s'entend d'une «coopération ou coordination entre entreprises, sous la forme de contacts directs ou indirects, qui se substitue à leur comportement indépendant, mais qui n'équivaut pas à un accord» (loi sur la concurrence, art. 1).
----------------	---

Source: CNUCED, Manuel sur le droit de la concurrence.

Distinction entre accords horizontaux et accords verticaux

8. Les accords entre entreprises sont foncièrement de deux types: horizontaux et verticaux. Les accords horizontaux sont conclus entre concurrents; le terme «concurrent» s'entend des entreprises opérant au même stade de la chaîne de production ou de distribution qui se font concurrence auprès de la même clientèle. Un accord entre entreprises potentiellement concurrentes peut constituer une entente verticale. Les concurrents potentiels sont des entreprises qui sont capables et susceptibles d'entrer sur le marché considéré et qui peuvent concurrencer les concurrents réels.

9. Les accords verticaux sont conclus entre des entreprises opérant à des stades différents de la chaîne de production ou/et de distribution, c'est-à-dire entre des fournisseurs et leurs clients, par exemple entre fabricants de composants et fabricants de produits qui renferment ces composants, entre producteurs et grossistes, ou entre grossistes et détaillants. Certains accords peuvent être à la fois verticaux et horizontaux.

10. La principale distinction entre ces deux types d'accords est que si les accords horizontaux, en particulier ceux qui ont pour effet d'augmenter les prix et de restreindre la production ou les ventes, portent atteinte à la concurrence dans la plupart des cas, les accords verticaux peuvent souvent être bénéfiques du point de vue de l'efficacité. Sur la base de ce constat, de nombreuses juridictions appliquent des normes juridiques différentes pour l'évaluation des accords horizontaux et des accords verticaux, normes qui sont généralement plus strictes pour les premiers.

Formulation de l'interdiction des accords anticoncurrentiels

11. Si la plupart des lois relatives à la concurrence interdisent les accords anticoncurrentiels, qu'ils soient horizontaux ou verticaux, les juridictions adoptent souvent des méthodes différentes pour formuler cette interdiction. Dans de nombreux régimes de la concurrence, il existe une disposition générale relative aux accords anticoncurrentiels qui porte à la fois sur les accords horizontaux et sur les accords verticaux. Par exemple, aux États-Unis, le droit de la concurrence prévoit une interdiction générale des accords anticoncurrentiels, si bien que les accords horizontaux et verticaux peuvent être contestés en vertu de la même disposition.

12. Par contre, certaines lois sur la concurrence – par exemple, au Costa Rica, en Indonésie et en Afrique du Sud – contiennent des dispositions distinctes concernant les accords verticaux et horizontaux. En outre, elles comportent des dispositions générales qui ne concernent que les accords horizontaux anticoncurrentiels, les accords verticaux étant visés par un certain nombre de dispositions particulières traitant, par exemple, des prix imposés, des relations d'exclusivité, des ventes liées, etc. Il convient de noter que l'interdiction d'abus de position dominante peut aussi s'appliquer aux accords verticaux

lorsqu'une partie à un accord vertical détient une position dominante et en abuse par des clauses et conditions anticoncurrentielles.

13. Une question connexe est de savoir s'il faut préciser explicitement les pratiques interdites par la loi ou s'il faut rédiger une interdiction générale portant sur diverses formes d'accords anticoncurrentiels. Comme il a été noté plus haut, certaines lois sur la concurrence ne prévoient qu'une interdiction générale des accords anticoncurrentiels, laissant le soin à la pratique judiciaire de déterminer quelle pratique particulière est interdite par la loi. Si cette approche permet une certaine souplesse dans l'application, elle ne donne pas toujours des orientations suffisantes au public et aux organismes de la concurrence dépourvus de fortes capacités en matière de droit de la concurrence, surtout dans des pays où la législation est récente et où la population est relativement peu consciente de l'illégalité des accords anticoncurrentiels.

14. Une autre solution consiste à inclure une liste d'exemples de pratiques interdites dans le cadre de l'interdiction des accords anticoncurrentiels. De nombreuses juridictions font suivre cette interdiction générale d'une liste non exhaustive de catégories d'accords considérés comme des infractions. Cette approche permet une grande souplesse tout en donnant des orientations au sujet des priorités en matière d'application.

Autres formules relevées dans les législations existantes

– Interdiction des accords anticoncurrentiels

Pays

États-Unis	«Tout contrat, regroupement sous forme de trust ou autre ou conspiration qui restreint les échanges ou le commerce entre plusieurs États ou avec d'autres pays, est déclaré illégal par la présente» (loi Sherman, art. 1).
Union européenne	«Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits 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 intérieur, et notamment ceux qui consistent à: <ol style="list-style-type: none"> 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» (art. 101, par. 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

Pays

Afrique du Sud	<p>«Tout accord ou pratique concertée entre entreprises, ou toute décision d'une association d'entreprises est interdit si les parties entretiennent une <i>relation horizontale</i> et se livrent à l'une des pratiques horizontales restrictives ci-après:</p> <p>...</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Fixation directe ou indirecte du prix d'achat ou de vente ou de toute autre condition commerciale; ii) Division de marchés par répartition de clients; iii) Soumissions collusoires». <p>«Tout accord entre des parties entretenant une <i>relation verticale</i> est interdit s'il a pour effet d'entraver ou de réduire de manière sensible la concurrence sur un marché» (loi sur la concurrence, art. 4 et 5).</p>
Canada	<p>La loi sur la concurrence comprend deux dispositions interdisant les accords horizontaux anticoncurrentiels: l'article 45 interdit expressément les accords entre concurrents destinés à fixer les prix, répartir les marchés ou restreindre la production ou les ventes qui constituent des entraves directes à la concurrence, tandis que l'article 90.1 interdit les autres formes d'accords horizontaux qui risquent d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence.</p> <p>La loi contient aussi diverses dispositions qui interdisent certaines formes d'accords verticaux, par exemple, les prix imposés de revente (art. 76), les relations d'exclusivité, les ventes liées et les marchés réservés (art. 77).</p>

Source: CNUCED, Manuel sur le droit de la concurrence.

Accords horizontaux anticoncurrentiels

15. Dans les accords horizontaux, il peut être utile de distinguer ce que l'on appelle les ententes injustifiables des autres types d'accords anticoncurrentiels afin d'arrêter les priorités en matière d'application et les critères d'analyse.

16. Les accords énumérés au chapitre III de la loi type sur la concurrence de la CNUCED constituent ce que l'on appelle des ententes injustifiables, qui se sont avérées particulièrement nuisibles à la concurrence. Il est largement admis que les ententes injustifiables sont toujours anticoncurrentielles et peuvent être raisonnablement présumées illicites sans nécessité d'un examen plus détaillé⁴. C'est pourquoi un grand nombre de législations sur la concurrence les interdisent systématiquement en tant qu'infraction a priori à la loi ou que pratique anticoncurrentielle par finalité.

17. Contrairement aux ententes injustifiables, d'autres types d'accords entre concurrents peuvent procurer des avantages. Par exemple, les groupements de commercialisation, qui

⁴ La Cour suprême des États-Unis 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» (*Northern Pacific Railway Co. c. United States*, 356 U.S. 1 (1958)).

permettent d'approvisionner la clientèle de manière rapide et efficace, peuvent être à l'origine de gains d'efficacité. Mais les accords de ce type peuvent aussi entraver la concurrence en réduisant l'aptitude ou l'incitation des entreprises participantes à soutenir la concurrence de manière indépendante ou en entraînant ou facilitant la conclusion d'accords anticoncurrentiels entre elles. L'effet global sur la concurrence varie selon les cas, en fonction de la nature des accords et de la situation du marché. Ces accords potentiellement anticoncurrentiels doivent être examinés de manière plus attentive; ils sont généralement soumis à la règle de raison au regard de laquelle les autorités de la concurrence doivent faire la preuve des effets nocifs de l'entente supposée.

18. Compte tenu de la tendance récente à l'incrimination des ententes injustifiables, la distinction entre les deux types d'accords horizontaux est encore plus importante. Dans certaines juridictions, les ententes injustifiables sont considérées comme une infraction pénale pouvant entraîner une peine d'emprisonnement, alors que tous les autres types de collaboration entre concurrents font l'objet de sanctions civiles ou administratives.

Ententes injustifiables

19. Comme il a été mentionné plus haut, les ententes injustifiables sont des accords anticoncurrentiels entre concurrents qui n'ont d'autre objet ou effet que d'augmenter les prix ou de réduire la production ou les ventes. Quatre types d'accords correspondent généralement à la définition des ententes injustifiables, à savoir: la fixation des prix, les restrictions à la production ou aux ventes, la répartition des marchés et le trucage des offres.

20. Les boycottages collectifs, qui sont le fait d'un groupe d'entreprises pourraient aussi figurer sur une liste élargie des ententes injustifiables. Ils constituent, au chapitre III de la loi type sur la concurrence, une sous-catégorie des ententes injustifiables dans laquelle se trouvent les refus concertés d'achat ou d'approvisionnement et le refus collectif d'admission à la qualité de partie à un arrangement, ou de membre d'une association, d'une importance décisive pour la concurrence⁵.

21. Comme il a été mentionné plus haut, les accords énumérés au chapitre III de la loi type sont généralement considérés comme des ententes injustifiables.

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

22. L'Ensemble de principes et de règles proscrit au paragraphe 3 a) de la section D «les accords fixant les prix à l'exportation et à l'importation». La fixation collusoire des prix est l'une des pratiques les plus courantes d'entente «injustifiable» et, qu'elle porte sur des biens ou sur des services, elle est considérée comme une violation a priori dans de nombreux pays.

23. La fixation des prix s'entend de tout accord entre concurrents visant à augmenter, fixer ou maintenir le prix d'un produit ou d'un service. Elle englobe les accords visant à établir un prix minimum, à supprimer les rabais ou à adopter une formule type pour le calcul des prix, etc. Elle comprend aussi les situations où des acheteurs s'entendent pour fixer le prix maximum qu'ils sont prêts à payer pour des produits primaires et intermédiaires. Elle s'applique non seulement aux prix, mais aussi aux autres conditions de vente qui influent sur les prix à la consommation, telles que le coût du transport, les garanties, les programmes de rabais ou les taux de financement.

⁵ En règle générale, les boycottages ne pouvaient être visés par ces interdictions.

b) Soumissions collusoires;

24. Les soumissions collusoires sont un moyen efficace pour des concurrents qui complotent d'augmenter les prix lorsque des contrats commerciaux sont conclus après un appel d'offres. Elles décrivent principalement une situation où les concurrents s'entendent à l'avance sur le nom du vainqueur de l'appel d'offres et sur le prix proposé, ce qui 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.

25. Les soumissions collusoires peuvent prendre de nombreuses formes. Les concurrents peuvent s'entendre pour remporter les appels d'offres à tour de rôle c'est-à-dire sur une attribution des adjudications par roulement. Certains peuvent décider d'adresser des soumissions inacceptables pour couvrir le trucage des offres. Dans d'autres cas, les concurrents peuvent simplement décider de s'abstenir de répondre à un appel d'offres ou de retirer une soumission. Parallèlement à la soumission ou à la non-soumission, le trucage des offres doit aussi accorder une forme de compensation aux perdants apparents. Ces accords peuvent prévoir, en contrepartie, de sous-traiter des parties du marché principal aux soumissionnaires rejetés, ou d'effectuer des versements aux autres membres de l'entente.

26. Les soumissions collusoires sont illégales dans la plupart des pays. Même les pays qui sont dépourvus de droit de la concurrence possèdent souvent une législation spéciale sur les appels d'offres. La plupart des pays traitent les soumissions collusoires plus sévèrement que les autres arrangements horizontaux en raison de leurs aspects frauduleux, particulièrement de leurs effets négatifs sur les achats de l'État et les dépenses publiques.

Formules différentes relevées dans les législations existantes – Soumissions collusoires

Pays

Chine	Conformément à l'article 15 de la loi de la République populaire de Chine sur la répression de la concurrence déloyale, les soumissionnaires ne doivent pas soumettre d'offre collusoire afin de faire augmenter ou baisser le prix de l'offre. En outre, un soumissionnaire ne doit pas collaborer avec la partie qui sollicite des offres dans le but d'exclure des concurrents de manière déloyale.
Allemagne	Le droit de la concurrence ne contient aucune disposition particulière concernant les soumissions collusoires. Mais le trucage des offres est expressément interdit par le droit pénal allemand. Voir le paragraphe 298 du Code pénal.
Kenya	Toute soumission collusoire est considérée comme une infraction pénale passible d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à cinq ans ou d'une amende ne dépassant pas un million de shillings, ou les deux. Voir la section 21 9) de la loi sur la concurrence).

Source: CNUCED, Manuel sur le droit de la concurrence.

c) Répartition des marchés ou de la clientèle;

27. Les accords de répartition des marchés ou de la clientèle sont des accords dans lesquels des concurrents se partagent des marchés. Ils constituent essentiellement des

accords de non-concurrence par lesquels des concurrents s'engagent à vendre uniquement sur leurs marchés respectifs. Les entreprises peuvent ainsi effectuer une répartition territoriale de leurs ventes en fonction de critères géographiques ou allouer une clientèle particulière ou certains types de clientèle à certains membres de l'entente. Les accords de partage géographique des marchés peuvent être plus efficaces que la fixation des prix pour les membres d'une entente car ils leur évitent de faire face aux coûts et aux difficultés liés à la fixation de prix communs. Il est relativement simple de vérifier que les membres les respectent, la simple présence de marchandises produites par un concurrent dans le «pré carré» d'un autre prouvant qu'il y a tromperie⁶.

28. 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.

29. Les accords de répartition des marchés et de la clientèle affaiblissent la concurrence en restreignant les possibilités des producteurs les plus efficaces, au sein du groupe concerné, de vendre en dehors de leur zone géographique ou d'accepter de nouveaux clients. Ce type de restrictions risque donc de rendre plus difficile une diminution des coûts unitaires de production des entreprises liée à l'exploitation d'économies d'échelle.

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

30. Les restrictions à la production ou aux ventes visent à influencer sur les prix en limitant artificiellement l'offre.

31. Les restrictions à la production ou aux ventes peuvent englober des accords sur les volumes de production, les volumes de vente ou le pourcentage de croissance du marché. Elles sont fréquentes dans les secteurs où les capacités sont excédentaires et les parties veulent faire monter les prix. Afin de mettre en œuvre leur accord, les entreprises concernées 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.

32. L'effet des accords de restriction de la production est analogue à celui de la fixation de prix: si la production est réduite, les prix augmentent. En conséquence, les entreprises les plus efficaces ou innovantes ne peuvent se développer; les entreprises peuvent ne pas être en mesure d'exploiter pleinement les économies d'échelle. La concurrence est restreinte et les consommateurs paient des prix plus élevés.

e) Refus concertés d'achat;

f) Refus concertés d'approvisionnement;

33. Le refus concerté d'acheter ou d'approvisionner, parfois appelé boycottage collectif, est un accord par lequel des entreprises concurrentes s'entendent pour cesser ou restreindre leurs ventes à certains clients ou cesser ou restreindre leurs achats auprès de certains fournisseurs. Les boycottages collectifs peuvent servir à mettre en œuvre des pratiques

⁶ Whish R (2009), Competition Law, Oxford University Press, 6^e éd.

anticoncurrentielles illégales. Par exemple, afin de faire respecter un accord de fixation des prix, des entreprises concurrentes peuvent convenir de ne pas traiter avec d'autres sauf aux conditions convenues. Dans d'autres situations, les boycottages collectifs peuvent servir à empêcher une entreprise d'entrer sur un marché ou à désavantager un concurrent existant. Ils peuvent aussi viser des détaillants vendant au rabais afin de faire respecter des arrangements de prix imposés. Parfois, le boycottage n'est pas pratiqué dans les faits, mais la menace de boycottage peut inciter la ou les «victimes potentielles» à faire ce qui lui est imposé.

34. 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 de la chaîne de production ou de distribution, qui conviennent de refuser de traiter avec un tiers, en général un concurrent de l'une d'elles).

35. Les boycottages collectifs sont réputés illégaux dans un certain nombre de pays, en particulier lorsqu'ils visent à faire respecter d'autres arrangements ou qu'ils restreignent la concurrence et sont dépourvus de toute justification économique. C'est pourquoi le refus concerté d'acheter ou d'approvisionner est souvent considéré comme une infraction a priori dans un certain nombre de pays.

Formules différentes relevées dans les législations existantes – Boycottages

Pays

Allemagne	Outre l'interdiction générale des accords anticoncurrentiels, la loi sur les restrictions à la concurrence interdit expressément les boycottages (art. 21).
États-Unis	<p>Dans une affaire, la Cour suprême a jugé 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 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 (<i>Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationary & Printing Co.</i>, 472 U.S. 284 (1985)).</p> <p>Dans une autre affaire, la Cour suprême a jugé qu'un boycottage collectif visant à peser sur le prix payé pour les services des membres du groupe d'entreprises participant à ce boycottage était a priori illégal quelle que soit la position de force des participants sur le marché (<i>FTC v. Superior Court Trials Lawyers Ass'n</i>, 493 U.S. 411 (1990)).</p>

Source: CNUCED, Manuel sur le droit de la concurrence.

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.*

36. 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». Néanmoins, des préoccupations professionnelles valables peuvent justifier, dans des cas individuels, le refus d'admission à des associations professionnelles.

37. 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 marché.

Autres types d'accords horizontaux

38. Les accords horizontaux autres que les ententes injustifiables sont souvent qualifiés d'anticoncurrentiels de par leur effet ou sont soumis à la règle de raison. Ils englobent en général les groupements de commercialisation, les groupements d'achat, les coentreprises de R-D et parfois les accords de partage de l'information.

39. Comme il est indiqué plus haut, dans de nombreuses juridictions, ces types d'accords sont soumis à la règle de raison, étant donné que des concurrents ont parfois besoin de collaborer ou de coopérer au sein d'alliances stratégiques ou de coentreprises, et que cette collaboration peut non seulement avoir des effets bénins, mais aussi être favorable à la concurrence.

40. Il conviendrait néanmoins de noter qu'il ne suffit pas d'intituler un arrangement «coentreprise» pour éviter une interdiction a priori lorsque les participants se servent de cette coentreprise pour augmenter les prix ou restreindre la production ou les ventes.

Les groupements de commercialisation

41. Les groupements de commercialisation englobent les accords de vente, de distribution ou de promotion de biens ou de services. Ces accords peuvent être favorables à la concurrence lorsque la combinaison d'actifs complémentaires peut déboucher sur des économies et d'autres gains d'efficacité. Les collaborations en matière de commercialisation peuvent englober les accords sur les prix, la production ou les ventes, ou d'autres variables importantes de la concurrence, dont l'effet est nuisible à la concurrence. Il appartient à l'autorité de la concurrence de décider, à la lumière des circonstances particulières de chaque cas si, globalement, l'accord en question sert l'intérêt public.

Les groupements d'achat

42. Un groupement d'achat est un accord entre entreprises portant sur l'achat en commun des facteurs de production nécessaires. Il est souvent favorable à la concurrence car il permet aux participants d'obtenir des rabais plus importants auprès des fournisseurs, entraînant une baisse des coûts d'approvisionnement, ou de diminuer les coûts de livraison et de distribution. Mais ce type d'accord peut réduire la concurrence lorsqu'il favorise la collusion en uniformisant les coûts supportés par les participants. En Allemagne, la loi contre les restrictions à la concurrence a été modifiée pour autoriser une dérogation spéciale aux groupements d'achat constitués par de petites entreprises ou associations professionnelles, à condition que chaque entreprise puisse acheter de manière indépendante si elle le souhaite. L'Office fédéral des ententes n'intervient que dans les rares cas où ce type d'accord porte un préjudice notable à la concurrence.

Les coentreprises de R-D

43. La collaboration entre concurrents peut englober les accords visant à mener des activités de recherche-développement en commun. La plupart des activités conjointes de concurrents en matière de R-D sont favorables à la concurrence et procurent des avantages considérables. Par exemple, la collaboration en matière de R-D peut permettre aux participants d'associer des actifs, des technologies ou des compétences complémentaires, débouchant sur la mise au point de produits nouveaux ou améliorés. Les accords de R-D conjointe peuvent réduire ou entraver la concurrence lorsqu'ils imposent aux participants des restrictions à l'exploitation des produits mis au point dans le cadre de cette coopération.

Les accords de partage de l'information

44. Les accords peuvent comporter un degré considérable d'échange d'informations entre les concurrents. Si le partage de l'information peut être nécessaire pour qu'une collaboration soit favorable à la concurrence, il peut parfois accroître les possibilités de collusion. En particulier, l'échange d'informations sur les prix, les coûts, les conditions de transaction, les stratégies de commercialisation ou d'autres variables importantes de la concurrence peut susciter des craintes et, de ce fait, est considéré comme anticoncurrentiel a priori dans certaines juridictions. En partageant les informations sensibles sur le plan de la concurrence, les concurrents peuvent favoriser la collusion.

Accords verticaux

45. Les accords verticaux sont des accords entre entreprises situées à différents niveaux de la chaîne de production ou de distribution, par exemple les accords entre producteur et distributeur, entre grossiste et détaillant. Étant donné que les entreprises ne sont pas souvent en concurrence directe les unes avec les autres, au total, ces accords ont pour effet d'accroître l'efficacité plutôt que d'affaiblir considérablement la concurrence. Bien qu'aucun accord vertical ne soit mentionné au chapitre III de la loi type sur la concurrence, certaines catégories d'accords verticaux potentiellement anticoncurrentiels sont évoquées au chapitre VI, qui traite de l'abus de position dominante. D'un point de vue systématique, il semble plus judicieux d'examiner les accords verticaux dans le cadre de l'interdiction des accords anticoncurrentiels.

46. Dans de nombreuses juridictions, les restrictions verticales sont analysées selon la règle de raison, compte tenu du fait que de telles restrictions ne sont pas toujours préjudiciables et peuvent, en réalité, être avantageuses dans des conditions particulières ayant trait à la structure du marché. Les autorités de la concurrence s'opposent rarement aux restrictions verticales hors prix.

47. Les accords verticaux qui soulèvent généralement des problèmes de concurrence portent sur: les prix imposés, les relations d'exclusivité, les restrictions appliquées aux distributeurs concernant les marchés réservés ou d'exclusivité territoriale et les accords de vente liée. Si le premier type d'accord reste très controversé chez les économistes, les pratiques d'exclusivité suscitent moins de craintes.

Les prix imposés

48. Les prix peuvent être imposés par un accord dans lequel un fournisseur contraint ses distributeurs à vendre des produits à un certain prix. En général, les prix sont imposés lorsque c'est le fournisseur qui fixe le prix de vente au détail. Ils étouffent clairement la concurrence entre les produits d'une même marque, les détaillants se trouvant dans l'impossibilité de se concurrencer sur les prix. Ils peuvent néanmoins stimuler la concurrence entre les marques lorsque les détaillants s'efforcent de réaliser des économies d'échelle et de gamme. Le producteur et les détaillants peuvent tirer avantage de prix

imposés et on peut estimer que cela sert aussi l'intérêt du public. Étant donné que les prix imposés restreignent la concurrence entre les produits d'une même marque, quand une seule marque est vendue sur le marché, cela équivaut à fixer un prix minimum. Les pays en développement se trouvent souvent dans ce type de situation. Le degré de concentration économique a tendance à y être beaucoup plus élevé que dans les pays développés car le revenu national global y est beaucoup plus réduit et la demande de produits de marque y est proportionnellement moindre, ce qui ne laisse de la place qu'à un ou deux grands fournisseurs pour chaque produit. Dans de telles conditions, les pays en développement risquent de considérer les prix imposés comme une infraction a priori alors que dans les pays développés, la tendance est plutôt d'autoriser les prix imposés s'il peut être démontré que cela sert l'intérêt public.

49. Pour de plus amples informations sur les différentes méthodes adoptées pour évaluer cette pratique, voir les commentaires du chapitre IV de la loi type sur la concurrence.

Les relations d'exclusivité

50. Des relations d'exclusivité peuvent exister dans un accord qui restreint le choix des acheteurs ou des fournisseurs d'une entreprise, c'est-à-dire lorsqu'un acheteur est tenu d'acheter tous les produits dont il a besoin à un seul vendeur, ou qu'un vendeur est tenu de vendre ses produits à une seule entreprise. Presque tous les accords de franchise comportent des dispositions de ce type, qui interdisent aux franchisés d'acheter des produits, ou du moins des produits caractéristiques de la marque, auprès de tout autre fournisseur que le franchiseur. Le risque, sur le plan de la concurrence, est que l'accord d'exclusivité entraîne une fermeture du marché. Par exemple, si dans une région géographique, une grande proportion de détaillants revêtant des caractéristiques particulières ont conclu un accord d'exclusivité avec un fabricant, il se peut qu'un autre fabricant ne dispose pas d'un réseau de distribution suffisamment large pour vendre son produit sur le marché. Les relations d'exclusivité sont interdites seulement si elles amoindrissent sensiblement la concurrence sur un marché. Pour de plus amples informations sur l'évaluation des accords d'exclusivité, voir les commentaires du chapitre IV de la loi type sur la concurrence.

Les restrictions concernant les marchés réservés ou d'exclusion territoriale

51. Ces restrictions se retrouvent dans tout accord par lequel un fournisseur restreint le territoire de vente de ses distributeurs. Pour de plus amples informations sur les accords d'exclusivité territoriale, voir le chapitre IV de la loi type sur la concurrence.

Les accords de vente liée et la vente forcée d'une gamme entière de produits

52. 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 fournisseur⁷. Dans le cas extrême de la vente forcée d'une gamme entière de produits, l'acheteur est contraint d'acheter la gamme entière des biens produits par les entreprises afin d'obtenir le ou les quelques produits dont il a réellement besoin. Les accords de vente liée peuvent avoir un effet néfaste sur la concurrence si une grande partie du marché est fermée suite à cet accord et si les concurrents sont évincés.

53. On trouvera de plus amples informations sur les accords de vente liée dans les commentaires du chapitre IV de la loi type sur la concurrence.

⁷ N. Pac. Ry. Co. c. États-Unis, 356 U.S. 1, 5-6 (1958).

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.

54. Presque toutes les juridictions prévoient des exceptions à l'interdiction des accords anticoncurrentiels. Les procédures de dérogation et d'autorisation sont différentes selon les juridictions. Si le paragraphe II du présent chapitre de la loi type sur la concurrence prévoit un système d'autorisation dans lequel les autorités nationales sont habilitées à autoriser les accords notifiés, d'autres législations ne prévoient de dérogation à la loi que pour certains types d'accords, sans laisser aucune marge de manœuvre à l'autorité de la concurrence. Par exemple, aux États-Unis, la loi antitrust n'envisage aucune possibilité de dérogation ou d'autorisation par les autorités de la concurrence, et ne prévoit donc pas de système de notification dans le cas des accords anticoncurrentiels. Il reste que de nombreuses dérogations à la législation antitrust sont prévues par la loi et par les tribunaux de ce pays.

55. Les observations ci-après ont trait à différentes formes d'autorisation susceptibles d'être délivrées par les autorités de la concurrence, à l'inverse des dérogations prévues par la loi.

Exemptions par catégorie et exemptions individuelles

56. De nombreuses juridictions prévoient des procédures d'exemption par catégorie et/ou d'exemption individuelle. Le premier type d'exemption permet d'exempter une certaine catégorie d'accords sans nécessité d'une évaluation au cas par cas. Certaines catégories d'accords sont supposées satisfaire aux critères d'exemption. C'est le cas, par exemple, des accords de R-D et des accords de spécialisation, où la combinaison de compétences ou d'actifs complémentaires peut donner lieu à des gains d'efficacité considérables.

57. Par ailleurs, une exemption individuelle peut être accordée au cas par cas. Afin d'obtenir une autorisation, les entreprises désireuses de conclure des accords potentiellement anticoncurrentiels doivent notifier l'autorité de la concurrence de tous les faits pertinents de l'accord. Le chapitre V de la loi type sur la concurrence traite des aspects procéduraux d'un tel système de notification.

58. Comme il est expliqué de manière plus détaillée dans les commentaires du chapitre V de la loi type sur la concurrence, un système de notification préalable et d'autorisation administrative peut aboutir à une accumulation considérable de notifications qui absorberait inutilement une grande partie des ressources des autorités antitrust sans donner de sécurité juridique aux parties concernées. C'est pourquoi le système de notification d'accords potentiellement anticoncurrentiels a été abandonné dans le droit de la concurrence de l'Union européenne.

Critères de délivrance des exemptions

59. Les autorités de la concurrence peuvent autoriser certaines pratiques lorsque les entreprises concernées sont exposées à une concurrence effective, ou que ces pratiques servent «l'intérêt public». L'intérêt public doit correspondre aux objectifs ou objets des lois sur la concurrence, c'est-à-dire de préférence à un avantage économique ou à une efficacité économique accrue. Le paragraphe 3 de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne peut constituer une bonne référence pour l'élaboration des critères

d'exemption. Il prévoit que pour être autorisé, un accord doit remplir quatre conditions, à savoir: a) contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique – autrement dit les gains d'efficacité; 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. Plusieurs pays suivent l'approche de l'Union européenne, par exemple la Suisse.

60. De nombreuses autorités de la concurrence, notamment la Commission européenne, sont peu enclines à autoriser des accords qui relèvent des catégories d'ententes injustifiables.

Exemptions de minimis ou autres formes d'exemption

61. De nombreuses autorités de la concurrence accordent une exemption *de minimis* à l'interdiction des accords anticoncurrentiels pour les entreprises dont la part de marché combinée ne dépasse pas une certaine part (généralement entre 10 et 25 %) du marché considéré ou dont le chiffre d'affaires annuel combiné est inférieur à un certain montant. Toutefois, en général, ce type de dérogation ne s'applique pas aux ententes injustifiables.

62. Dans d'autres cas, une exemption *de minimis* est accordée par la loi. Par exemple, le droit de la concurrence allemand ne s'applique pas à la coopération entre les PME (petites et moyennes entreprises) si celle-ci permet de rationaliser les processus économiques.

63. En outre, certaines lois sur la concurrence prévoient des possibilités d'autorisation, dans certaines circonstances et pour une durée limitée, notamment pour les cartels de crise (dénommés «cartels de dépression») et les cartels de rationalisation.

64. C'est le cas, par exemple, des anciennes législations antitrust japonaise et allemande, dans lesquelles les cartels de crise et les cartels de rationalisation pouvaient être autorisés par l'autorité de la concurrence à la demande des parties. Dans les deux pays, les dérogations accordées aux cartels de dépression et aux cartels de rationalisation ont été supprimées respectivement en 1999 et en 2005. Il convient de noter que dans d'autres juridictions où des dispositions de ce type sont encore en vigueur, peu d'exemptions ont été accordées ces dernières années.

Autres méthodes adoptées dans les législations existantes – Autorisation ou dérogation

Pays

Viet Nam	<p>Une dérogation peut être accordée lorsque l'accord satisfait à l'un des critères suivants, qui visent à réduire les coûts et à servir l'intérêt des consommateurs:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Rationaliser une structure organisationnelle ou une entité commerciale ou accroître l'efficacité économique; b) Favoriser le progrès technique ou technologique ou améliorer la qualité des biens et des services; c) Contribuer à une application uniforme des normes de qualité et des caractéristiques techniques des types de produits; d) Unifier les conditions d'échange, de livraison des biens et de paiement, sans toucher au prix ni à aucun autre facteur de tarification;
----------	--

Pays

dd) Accroître la compétitivité des petites et moyennes entreprises;

e) Accroître la compétitivité des entreprises vietnamiennes sur le marché international (loi sur la concurrence, art. 10).

Japon Des dérogations étaient accordées pour des cartels de dépression ou de rationalisation dans certaines circonstances et pour une durée limitée. Ces exemptions ont été supprimées lors de la déréglementation survenue à la fin des années 1990.

Union européenne Si le paragraphe 1 de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit les accords anticoncurrentiels, 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».

Chine Selon l'article 15 de la loi antimonopole de la République populaire de Chine, un accord monopolistique déroge aux articles 13 et 14 de la loi lorsque les entreprises peuvent prouver que l'accord conclu entre elles correspond à l'un des cas de figure ci-après quant à sa finalité: 1) améliorer les technologies, effectuer des activités de recherche et mettre au point de nouveaux produits; 2) améliorer la qualité des produits, réduire les coûts, accroître l'efficacité, unifier les spécifications ou normes des produits ou procéder à une division du travail; 3) accroître l'efficacité opérationnelle et renforcer la compétitivité des petites et moyennes entreprises; 4) servir l'intérêt public, notamment en économisant l'énergie, en protégeant l'environnement et en fournissant des secours en cas de catastrophe, etc.; 5) atténuer la forte chute du chiffre d'affaires ou d'une production manifestement excédentaire en période de récession économique; 6) protéger les intérêts légitimes du commerce extérieur ou de la coopérative économique extérieure; 7) autres cas de figure prévus par la loi ou le Conseil d'État.

Lorsqu'un accord monopolistique entre dans l'une des catégories prévues aux alinéas 1) à 5) et déroge aux articles 13 et 14 de la loi, les entreprises doivent aussi prouver que cet accord ne restreint pas sensiblement la concurrence dans le marché considéré et peut permettre aux consommateurs de bénéficier des avantages tirés de l'accord.

Pays

Australie

La loi sur les pratiques commerciales précise les cas où la Commission australienne de la concurrence et de la consommation peut accorder des autorisations. *Grosso modo*, une pratique donnée peut être autorisée si les avantages qu'elle procure au public sont supérieurs à ses inconvénients.

La loi prévoit différents critères pour autoriser différents types de pratiques. Les deux critères utilisés sont les suivants:

- La Commission n'autorise pas la conclusion ou l'exécution de contrats, arrangements ou conventions projetés ou existants qui pourraient prévoir une entente, réduire sensiblement la concurrence ou comporter des relations d'exclusivité (autres que la vente liée triangulaire) sauf si elle considère qu'en toutes circonstances, l'accord ou la pratique en question devrait procurer au public des avantages supérieurs aux inconvénients probables découlant d'une moindre concurrence (premier critère).
- La Commission n'autorise pas les dispositions d'exclusion (boycottages directs), les boycottages indirects, les ventes liées triangulaires et les prix imposés sauf si elle considère qu'en toutes circonstances, les dispositions ou les pratiques proposées serviraient probablement l'intérêt public à tel point que les unes ou les autres devraient être autorisées (deuxième critère).

Kenya

- L'article 25 de la *loi kényane sur la concurrence (cap 504)* prévoit l'octroi de dérogations aux accords, pratiques et décisions restrictifs et aux pratiques commerciales restrictives applicables aux associations professionnelles, à condition que les entreprises et/ou associations d'entreprises en fassent la demande et communiquent les informations exigées par l'autorité compétente. Après avoir examiné la demande, celle-ci peut:

- a) Octroyer une dérogation;
 - b) Refuser d'octroyer une dérogation et en informer le demandeur;
 - c) Délivrer un certificat d'autorisation dans lequel elle affirme qu'à son avis, sur la base des faits à sa connaissance, l'accord, la décision ou la pratique concertée ou la catégorie d'accords, de décisions ou de pratiques concertées en question ne contreviennent pas aux interdictions prévues par la loi.
- L'article 26 2) dispose que l'autorité compétente peut octroyer une dérogation pour des motifs exceptionnels et impérieux de politique publique qui justifient qu'un accord, une décision, une pratique concertée ou une catégorie d'accords, de décisions ou de pratiques concertées déroge aux interdictions prévues par la loi.

Pays

- L'article 26 3) dispose que dans toute décision ayant trait à la politique publique, l'autorité compétente tiennent compte de la mesure dans laquelle l'accord, la décision ou la pratique concertée ou la catégorie d'accords, de décisions ou de pratiques concertées en question contribue ou aboutit, ou risque de contribuer ou d'aboutir à:
 - a) La préservation ou la promotion des exportations;
 - b) L'amélioration de la production ou de la distribution de biens ou de la prestation de services, ou la prévention de leur déclin;
 - c) La promotion du progrès ou de la stabilité techniques ou économiques dans n'importe quelle branche;
 - d) L'obtention d'un avantage pour le public qui compense ou compenserait l'affaiblissement de la concurrence qui résulterait ou risquerait de résulter de l'accord, de la décision ou de la pratique concertée ou de la catégorie d'accords, de décisions ou de pratiques concertées en question.
-

Source: CNUCED, Manuel sur le droit de la concurrence.
