



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
19 avril 2012
Français
Original: anglais

Conseil du commerce et du développement

Commission du commerce et du développement

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

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**

Pratiques anticoncurrentielles transfrontières: Difficultés rencontrées par les pays en développement et les pays en transition

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Alors que les pays développés se sont attaqués avec beaucoup de succès aux ententes et fusions internationales, il est loin d'en être de même pour la grande majorité des pays en développement, quelques-uns seulement étant parvenus à réprimer les pratiques anticoncurrentielles transfrontières.

Le présent document se penche sur le cas de plusieurs pays affichant de bons résultats en matière de répression des ententes transfrontières et de contrôle des opérations de concentration transfrontières. Il recense les difficultés spécifiques que rencontrent les pays en développement pour résoudre le problème des ententes et des fusions internationales et propose des mesures permettant de les surmonter. En ce qui concerne la lutte contre les ententes internationales, il suggère des mesures au niveau national, dont la mise en place de programmes de clémence et l'intensification, pour commencer, des efforts de lutte contre les ententes nationales. Au niveau international, il encourage la coopération et propose la constitution d'un réseau de renseignement. En ce qui concerne les fusions transfrontières, le document souligne l'importance du renforcement des capacités et de la formation au niveau national. Il promeut la coopération bilatérale, régionale et internationale grâce au partage d'informations sur certaines affaires et à des échanges de vues sur les méthodes et les mesures correctives à appliquer, et insiste aussi sur la nécessité d'une coordination entre les pays concernés par des fusions internationales.

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction.....	3
I. Poursuites contre les ententes internationales engagées dans les pays en développement.....	3
A. Expérience acquise par certains pays	4
B. Difficultés rencontrées par les pays en développement dans la lutte contre les ententes internationales	5
C. La voie à suivre	9
II. Contrôle des fusions internationales dans les pays en développement	14
A. Aperçu de la pratique dans certains pays.....	14
B. Difficultés rencontrées par les pays en développement en matière de contrôle des fusions internationales.....	15
C. Perspectives	19

Introduction

1. Les pratiques anticoncurrentielles transfrontières peuvent prendre la forme, entre autres choses, d'ententes et de fusions internationales. Les premières sont préjudiciables à l'économie et aux consommateurs dans tous les pays. Les secondes, bien qu'elles ne soient pas comparables du point de vue du préjudice causé, peuvent aussi avoir une incidence très marquée sur l'économie en modifiant la structure du marché concerné, le soumettant à un risque accru de pratiques anticoncurrentielles. Il importe donc d'éliminer les effets anticoncurrentiels des fusions internationales et de lutter contre les ententes. Or, les pays en développement et les pays en transition ont beaucoup de difficultés à s'opposer à ces pratiques anticoncurrentielles transfrontières.

2. La présente note d'information destinée à la douzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence examinera les caractéristiques actuelles des activités de lutte contre les ententes internationales et de contrôle des opérations de concentration transfrontières dans les pays en développement et les pays en transition. Elle examinera également les difficultés qu'ont ces pays à faire appliquer le droit de la concurrence dans ces domaines et proposera des domaines de coopération possibles¹.

3. En raison des limites imposées à la longueur des documents de séance, le présent rapport s'intéresse essentiellement aux difficultés que rencontrent les pays en développement et les pays en transition en matière d'ententes et de fusions internationales. Il ne traite pas des problèmes que posent en général la lutte contre les ententes et le contrôle des fusions.

I. Poursuites contre les ententes internationales engagées dans les pays en développement

4. La lutte contre les ententes internationales a connu, ces vingt dernières années, de grands succès. Toutefois, si les pays développés ont très bien réussi à réprimer ces ententes, ce n'est pas le cas de la grande majorité des pays en développement, dont quelques-uns seulement semblent lutter activement contre ce phénomène.

5. Adoptant le point de vue des pays en développement, le présent chapitre cherche à découvrir les raisons de cette asymétrie. S'ouvrant sur un bref panorama des poursuites contre les ententes internationales engagées par cinq pays qui ont intensifié la lutte au cours des dix dernières années, il s'intéresse ensuite, en partant de leur expérience, aux principales difficultés que rencontrent les pays en développement et les pays en transition pour combattre ces pratiques. Enfin, il examine les moyens d'action dont disposent les pays en développement pour remédier à ce problème.

6. Aux fins de la présente note, on entend par «entente internationale» toute entente à laquelle sont parties des entreprises implantées sur différents territoires ou qui a des incidences sur différents territoires.

¹ Les observations qui figurent dans le présent document reposent sur des informations, des données et des exemples d'affaires venant de l'Afrique du Sud, du Brésil, du Chili, du Mexique, de la République de Corée et de la Turquie. Le choix de ces pays a été dicté par leur expérience en matière d'application du droit de la concurrence aux ententes et aux fusions internationales ainsi que par le souci de représentation géographique.

A. Expérience acquise par certains pays

7. Un groupe de cinq pays (Brésil, Chili, Mexique, République de Corée et Turquie), suivant l'exemple donné par des pays traditionnellement développés, a entrepris de lutter activement contre les ententes internationales. La présente section offre un panorama des poursuites engagées contre les ententes internationales dans ces cinq pays pendant la période comprise entre 2000 et 2011. Pour ce faire, le secrétariat de la CNUCED a recueilli des informations directement auprès de leurs autorités ou dans d'autres études pertinentes. (On trouvera dans le tableau un échantillon des ententes internationales faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites engagées par ces pays.)

1. Généralités

8. Bien qu'ils aient intensifié la lutte contre les ententes internationales, comparés aux États-Unis d'Amérique ou à l'Union européenne (UE) ces cinq pays ont encore beaucoup à faire pour ce qui est de les poursuivre. À titre d'exemple, entre 1990 et 2007 la Division antitrust des États-Unis a fait condamner 67 infractions d'entente internationale sur les prix². Dans le même temps, le Brésil, pays le plus actif du groupe, enquêtait sur 10 ententes internationales³ et entre 2000 et 2011 la République de Corée, autre pays actif dans ce domaine, poursuivait 8 ententes internationales⁴.

9. Comme il fallait s'y attendre, les ententes mondiales à forte visibilité ont attiré l'attention de ces pays. L'entente concernant le fret aérien a donné lieu à des poursuites sur plusieurs continents, par le Brésil, la République de Corée et le Mexique. Ce dernier a infligé des amendes aux parties aux ententes concernant la lysine, l'acide citrique et les vitamines. Le Brésil a pris des mesures contre les ententes concernant la lysine et les vitamines. La République de Corée a infligé des amendes aux membres des ententes sur les électrodes en graphite et les vitamines.

10. Il y a une tendance à la division régionale pour ce qui est de certaines ententes internationales. La République de Corée a ainsi enquêté sur des ententes mondiales portant sur des produits des technologies de l'information comme les tubes d'affichage en couleur, les tubes cathodiques ou les écrans à cristaux liquides à matrice active, alors que le Brésil et la Chine n'ont rien tenté contre elles. Dans le cas de l'entente sur les compresseurs de machine frigorifique, c'est l'inverse: alors que la République de Corée n'a pas réagi, le Brésil et le Chili ont ouvert une enquête. La Turquie, de son côté, semble s'occuper d'une série d'affaires concernant des ententes internationales très différentes de celles des autres.

11. Il est intéressant de voir l'évolution des efforts que font ces pays en matière de répression. Après avoir commencé par mener des enquêtes complémentaires sur des ententes mondiales déjà poursuivies par des pays développés, comme ce fut le cas dans la célèbre affaire des vitamines ou de la lysine, ils font maintenant partie des pays qui effectuent des perquisitions inopinées en concertation avec des pays développés.

2. Constantes

12. L'expérience de ces pays permet de dégager certaines constantes. Premièrement, la plupart des enquêtes visant des ententes internationales qu'ils ont menées supposent un

² Connor J. (2008). *Latin America and the Control of International Cartels*, Social Science Research Network Working Paper.

³ Connor J. (2009). *Latin America and the Control of International Cartels*, dans *Competition Law and Policy in Latin America*. Fox E. et Sokol D., (sous la responsabilité de), Hart Publishing, Oxford et Portland, Oregon.

⁴ Selon des informations communiquées par la Commission coréenne des pratiques commerciales loyales.

certain degré de coopération avec des pays développés, que ce soit sous forme d'échange d'informations officieuses ou de perquisitions inopinées réalisées de façon coordonnée, ce qui montre l'importance de la coopération internationale avec les autorités des pays développés. Deuxièmement, ces pays ont réussi à obtenir des demandes de clémence dans des affaires assez récentes, ce qui souligne l'importance des programmes du même nom. Il est intéressant de constater que lors de leurs premières enquêtes, telles que celles sur les vitamines ou la lysine, ils n'avaient pas réussi à obtenir de telles demandes. Étant donné qu'il s'agit, pour ces affaires, d'enquêtes complémentaires, cela peut amener à penser que l'ouverture de telles enquêtes n'est pas forcément une garantie de demande de clémence de la part des parties à une entente.

13. Troisièmement, mener à bien une procédure contre une entente internationale prend normalement plusieurs années, ce qui montre que les enquêtes dans de telles affaires demandent beaucoup de temps et de ressources. Même dans le cas d'enquêtes complémentaires, comme celles portant sur les vitamines et la lysine, il a fallu plusieurs années. Les enquêtes menées au Brésil sur ces deux affaires ont pris respectivement sept et onze ans. Quatrièmement, les efforts réussis de ces pays en matière de répression des ententes internationales ont été précédés par une lutte active contre les ententes nationales ou ont été menés de front avec celle-ci.

B. Difficultés rencontrées par les pays en développement dans la lutte contre les ententes internationales

14. Les pays en développement rencontrent de nombreuses difficultés pour réprimer les ententes internationales. Même pour les autorités chargées de la concurrence qui sont parvenues à réprimer des ententes nationales, enquêter sur des ententes internationales pose de sérieux problèmes. Laissant de côté la problématique des pays en développement en général, la présente note traite des difficultés propres aux enquêtes sur les ententes internationales que ces pays connaissent.

15. Quand un pays en développement met au jour une entente internationale, c'est généralement par plusieurs moyens. Le premier cas de figure est celui dans lequel l'entente est portée à son attention par des demandes de clémence. Le deuxième est celui dans lequel il en apprend l'existence par voie de notification publique faite par un pays développé à la suite de perquisitions inopinées ou après que l'affaire a été jugée. Et enfin un pays en développement peut mettre au jour une telle entente par ses propres moyens. Un exemple en est l'affaire concernant l'entente sur le charbon calibré en Turquie⁵, dans laquelle l'autorité de ce pays a ouvert une enquête à la suite de plaintes du public. L'expérience des cinq pays considérés permet toutefois d'affirmer que ce dernier cas de figure est le plus rare.

16. Entre les deux premiers cas de figure, celui qui fait intervenir une demande de clémence est de toute évidence bien préférable. Pourtant, pour de nombreux pays en développement le deuxième est plus plausible, seuls quelques-uns d'entre eux s'étant dotés de programmes de clémence tandis que la grande majorité en reste dépourvue. En outre, il est notoire que les parties impliquées dans une entente font preuve de stratégie en choisissant le pays dans lequel elles demandent à bénéficier d'un tel programme et qu'elles n'ont guère d'intérêt à le faire dans un petit pays où leur démarche n'aura qu'un faible retentissement ou dans lequel les procédures risquent d'être très longues. Or, de nombreux pays en développement peuvent être qualifiés de petits pays.

⁵ Voir la contribution de la Turquie à la septième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence (2006).

1. Reconnaissance de l'existence d'une entente internationale et ouverture d'une enquête

17. En l'absence d'une demande de clémence qui les alerte, les pays en développement risquent d'apprendre l'existence d'une entente internationale grâce aux moyens mis en œuvre par les pays développés. Ces pays ont pour habitude de notifier publiquement les activités qu'ils exécutent dans ce domaine à divers stades de la procédure d'enquête. Cette notification peut prendre la forme d'un communiqué de presse relatant des perquisitions inopinées effectuées dans un certain secteur ou d'un avis informant le public de la décision finale qui a été rendue dans une enquête visant une entente. Ces informations, surtout fournies dans le cadre d'une décision finale, peuvent être intéressantes pour les pays en développement, et leur permettre d'ouvrir eux-mêmes une enquête sur l'entente en question. Le Brésil, par exemple, a ainsi ouvert une enquête sur l'affaire de la lysine et sur celle des vitamines après la clôture de l'enquête menée par les États-Unis⁶. De même, la République de Corée a commencé à enquêter sur l'affaire des électrodes en graphite après avoir appris que les États-Unis avaient pris des mesures pour réprimer cette entente⁷.

18. Il arrive que les avis communiqués au public par les autorités des pays développés ne contiennent pas suffisamment d'informations pour permettre aux pays en développement de décider s'il convient d'ouvrir leur propre enquête sur la même entente. Étant donné que les documents rendus publics ne renferment pas de preuves substantielles, sujet qui sera abordé en détail plus loin, les pays en développement doivent se livrer à une enquête préliminaire pour déterminer si l'entente internationale en question a des répercussions sur leur propre marché. De ce point de vue, un complément d'information de la part des pays développés peut grandement faciliter la tâche des pays en développement. Dans le cas de la lysine, par exemple, les transcriptions des réunions des membres de l'entente fournies par l'autorité des États-Unis à son homologue du Brésil ont montré que ce dernier pays était visé par le partage des marchés décidé au niveau mondial par les parties à cette entente internationale⁸.

2. Absence de demandes de clémence

19. Par ailleurs, même lorsque des pays en développement ouvrent une enquête visant une entente internationale ayant déjà donné lieu à des poursuites dans des pays développés et dont l'existence est par conséquent connue du public, comme vu plus haut, l'ouverture d'une enquête complémentaire n'est pas forcément la garantie d'une demande de clémence de la part des parties à l'entente. Les premiers cas rencontrés en la matière dans les cinq pays considérés laissent plutôt augurer du contraire. Les parties à une entente internationale choisissent rarement en effet de demander la clémence dans ces pays. Dans les affaires des vitamines et des électrodes en graphite, bien que la République de Corée ait eu un programme de clémence à l'époque des faits, aucun des membres de l'entente n'a demandé à en bénéficier au cours de la procédure, ce qui a rendu le travail d'enquête très difficile pour l'autorité coréenne. Les pays en développement risquent donc plutôt de devoir mener leurs enquêtes sans l'aide qu'apportent les demandes de clémence et d'achopper sur de nombreux obstacles quand ils enquêtent sur des ententes internationales.

⁶ CNUCED (2003). Les pays en développement peuvent-ils bénéficier de négociations dans le cadre de l'OMC sur des disciplines contraignantes en matière d'ententes injustifiables? Document UNCTAD/DITC/CLP/2003/3.

⁷ Voir la contribution de la République de Corée à la septième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence (2006).

⁸ Voir *supra*, note 5.

3. Absence de présence physique

20. Bien souvent, les parties à une entente internationale ne sont pas présentes physiquement dans les pays en développement. En l'absence de succursale ou de filiale sur leur territoire, il est très difficile à ces pays de rassembler suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer l'existence d'une entente. Comme les membres de l'entente se trouvent hors de leur territoire, ils ne peuvent pas utiliser de moyens d'enquête classiques tels que perquisitions inopinées, interrogatoires ou demandes de déposition écrite. Ils n'ont donc pas d'autre choix, pour enquêter, que de faire largement appel à la coopération volontaire des parties aux ententes, alors même que celles-ci n'ont aucun intérêt à coopérer avec eux.

21. Même la présence d'une succursale ou d'une filiale dans un pays en développement ne garantit pas forcément qu'une enquête pourra bien avoir lieu. Comme les ententes internationales sont en principe organisées par le siège, situé à l'étranger, il se peut que les succursales ou filiales implantées dans un pays en développement n'aient ni informations ni documents en rapport direct avec la formation ou le fonctionnement de l'entente en question.

22. L'expérience pratique de nombreux pays ne semble guère encourageante. Dans son enquête sur l'affaire de l'entente concernant les électrodes en graphite, par exemple, l'autorité coréenne de la concurrence a demandé aux parties à l'entente situées à l'étranger de donner des renseignements d'ordre général sur leurs activités⁹. Celles-ci se sont montrées relativement coopératives, à ceci près que les réponses qu'elles ont données ne contenaient pas de preuves tangibles de l'existence d'une entente. L'expérience faite par la Turquie lors de l'enquête sur l'entente concernant le charbon calibré est plus décourageante encore¹⁰: dès l'ouverture de l'enquête, une des parties à l'entente a fermé ses bureaux en Turquie. Les poursuites engagées par le Brésil dans l'affaire bien connue de l'entente sur les vitamines ont été l'aboutissement d'une enquête longue et difficile¹¹, bien que les activités en Amérique latine des principaux laboratoires de production de vitamines aient été centralisées dans ce pays et que, par conséquent, les autorités brésiliennes aient eu la chance de pouvoir effectuer des perquisitions inopinées au siège régional¹².

4. Preuves tangibles provenant de décisions rendues par des pays développés

23. Une fois que des pays développés ont mené à bien les poursuites engagées contre des ententes internationales, des pays en développement peuvent tirer parti à leur tour de ce qui a été fait. Dans de nombreux pays, les décisions officielles qui figurent en principe sur le site Web d'un organisme étranger ou les éléments de preuve confidentiels obtenus auprès d'un tel organisme peuvent servir de preuves dans le cadre d'une procédure. Dès lors qu'un pays en développement est en possession de tels éléments, il lui est facile de démontrer l'existence d'une entente.

24. Toutefois, les méthodes d'enquête et les contraintes juridiques des pays développés réduisent ces avantages de manière significative. Les autorités des États-Unis mettent fin à la plupart des enquêtes sur des ententes internationales sur un plaider-coupable, ce qui laisse peu de documents décisifs à la disposition des pays en développement. Contrairement

⁹ Seon Hur J. (2006). *Competition Law/Policy and Korean Economic Development*. Ziumm, Ltd. Séoul, République de Corée.

¹⁰ Voir *supra*, note 4.

¹¹ Nemr J. (2007). Brazil Government censures vitamin cartel. *International Enforcement Law Reporter*, juin 2007.

¹² Tavares de Araujo M. (2002). The Brazilian Experience on International Cooperation in Cartel Investigation. Voir http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab21.pdf.

aux États-Unis, la Commission européenne, en tant qu'organe administratif, publie les décisions officielles qu'elle rend sur sa page Web. Les décisions officielles rendues publiques ne contiennent toutefois que des renseignements non confidentiels expurgés d'une grande partie des informations importantes. Les autres pays procèdent de façon semblable, en ne diffusant que la version destinée au public d'une décision, ou en mettant fin aux poursuites par la vie d'un accord. En outre, dans bien des pays, le cadre juridique régissant la confidentialité empêche les tiers, y compris les autorités étrangères, d'avoir accès à des informations confidentielles.

25. En revanche, les décisions des tribunaux, une fois rendues, sont généralement publiées. S'il y a des décisions de justice en rapport avec des ententes internationales, ces décisions peuvent donc constituer une source précieuse d'information pour les pays en développement. Un exemple en est la décision rendue par la justice américaine dans l'affaire *United States v. Mitsubishi Corporation*. Dans un procès engagé en parallèle dans l'affaire de l'entente sur les électrodes en graphite, la société Mitsubishi a été accusée de complicité. La décision du tribunal prenait en compte les témoignages de membres de l'entente ainsi que certains éléments de preuve. La décision étant rendue publique, les autorités des États-Unis chargées de la concurrence ont pu fournir les documents pertinents à leurs homologues étrangers. La République de Corée a largement exploité cette décision de justice dans le cadre de sa propre enquête sur cette entente¹³.

5. Signification de documents

26. Au cours d'une enquête, diverses procédures définies par la loi, telles qu'avis d'enquête, remise de la communication des griefs, avis d'audience ou communication de la décision finale, peuvent exiger que des documents soient signifiés aux parties à l'entente. Il y a généralement plusieurs façons de faire. Si les parties à l'entente ont une présence physique sur son territoire, un pays en développement peut remettre les documents à leur adresse professionnelle. Dans le cas contraire, il devient compliqué de signifier des documents. Une première solution consiste à les remettre à un tiers représentant les membres de l'entente. Deuxième solution: ils peuvent être remis aux parties à l'entente par l'intermédiaire d'un gouvernement étranger. Troisième solution: les autorités peuvent remettre les documents directement au siège à l'étranger. Enfin, les documents peuvent être signifiés par voie de notification publique. Les moyens dont dispose une autorité de la concurrence dépendent pour une large part du cadre juridique du pays concerné. En général, les pays ne reconnaissent pas tous les mêmes modes de signification de documents.

27. La signification de documents n'est pas qu'une simple notification mais a souvent un certain effet juridique, comme une mesure administrative ou judiciaire. Si le cadre juridique ne fixe pas de règles claires en matière de signification de documents à des entreprises étrangères sises à l'étranger, l'effet juridique en question peut prêter à contestation. Une façon d'éviter tout litige à ce propos consiste à demander aux parties à l'entente de nommer un mandataire, solution très tributaire de leur volonté de coopérer. Un autre moyen consiste, pour les autorités, à établir entre elles un accord bilatéral de coopération avec des clauses régissant la signification de documents par des autorités étrangères.

28. Comme il fallait s'y attendre, l'expérience sur le terrain n'est pas la même d'un pays à l'autre. Le Chili par exemple avait compté sur l'aide des autorités étrangères. Dans la première affaire d'entente internationale dont elle s'est saisie, l'autorité chilienne a dû notifier une des parties, établie au Brésil. Devant le risque de voir les poursuites abandonnées, elle a réglé le problème en adressant une demande officielle aux autorités brésiliennes. Dans son enquête sur l'entente relative aux électrodes en graphite, la

¹³ Voir *supra*, note 8.

République de Corée a demandé aux parties à l'entente de nommer des représentants locaux mais celles-ci ne se sont pas montrées très coopératives. Vu leur absence de réaction, l'autorité coréenne a choisi de remettre les documents directement au siège des entreprises membres de l'entente en même temps qu'un avis au public¹⁴, méthode qu'a défendue le tribunal. Le cas de la Turquie est le pire: selon la règle de procédure prévue par le droit turc, une décision finale ne peut être rendue sans qu'on dispose d'une réfutation écrite présentée par les défendeurs du rapport d'enquête établi par l'autorité. Dans l'affaire de l'entente sur le charbon calibré, l'autorité turque n'a pas pu infliger d'amende à une entreprise étrangère à laquelle les documents n'avaient pas pu être signifiés, bien qu'il ait été constaté que cette entreprise participait à l'entente sur les prix¹⁵.

6. Délai d'exclusion

29. Quand un pays ouvre une enquête sur une entente internationale déjà poursuivie par des pays développés, le délai d'exclusion peut poser problème. Un certain nombre de législations sur la concurrence prévoient un délai d'exclusion habituellement compris entre deux et cinq ans. Une fois ce délai écoulé après la cessation de l'infraction, plus aucune action en justice ne peut être intentée dans ces pays. Vu la longueur des enquêtes sur les ententes internationales, le délai d'exclusion peut devenir un réel obstacle. D'abord, les pays développés peuvent avoir besoin d'un certain temps pour mener à bien leur enquête. Et comme vu plus haut, les pays en développement enquêtant sur une affaire d'entente déjà poursuivie dans les pays développés ont besoin d'un peu plus de temps encore pour conclure leur propre enquête. Le cas du Japon montre à cet égard qu'il ne s'agit pas d'une simple possibilité théorique: dans l'affaire des électrodes en graphite et dans celle des vitamines, ce pays a mis fin à son enquête en formulant de simples mises en garde. L'une des raisons principales de cet échec tenait au fait que le délai d'exclusion était écoulé¹⁶.

C. La voie à suivre

1. Stratégie pour enquêter sur les ententes internationales

30. Il peut arriver qu'un pays en développement qui ne poursuit pas une entente internationale profite dans une certaine mesure de l'action que mènent d'autres pays. L'avantage qu'il en retire peut être important, surtout si l'entente en question a des répercussions au niveau mondial et si les poursuites engagées par d'autres pays débouchent sur le démantèlement général d'une entente mondiale.

31. Toutefois, un pays ne saurait se reposer entièrement sur l'action menée par un autre. Comme l'a fait valoir le Département de la justice des États-Unis, on peut imaginer que des ententes internationales étendant leur action dans le monde entier évitent toutefois les pays où l'application de la législation antitrust est plus rigoureuse et, partant, le risque d'être sévèrement sanctionné plus élevé¹⁷. Comme dit plus haut, l'expérience de quelques pays montre qu'une entente internationale peut aussi opérer à l'échelle régionale, ce qui explique que les pays développés situés en dehors de la région puissent n'avoir aucun intérêt ou incitation à la sanctionner. Par conséquent, sans les pays en développement il est impossible de dissuader efficacement la formation d'ententes internationales.

¹⁴ Voir *supra*, note 8.

¹⁵ Voir *supra*, note 4.

¹⁶ Voir l'exposé fait par Hiroyuki Yamashita à l'atelier sur le renforcement des capacités organisé par le Groupe d'experts de la concurrence de l'Association des nations d'Asie du Sud-Est, Jakarta, 2011.

¹⁷ Voir la contribution du Département de la justice des États-Unis au septième Forum latino-américain de la concurrence de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (2009).

32. Compte tenu du temps et des ressources considérables que nécessitent les enquêtes sur les ententes internationales et du caractère limité des ressources disponibles, les pays en développement peuvent avoir intérêt, pour des raisons pratiques, à faire des choix stratégiques quant aux affaires auxquelles s'intéresser. Ils ne peuvent en effet tenter de réprimer toutes les ententes internationales dont ils ont connaissance en comptant essentiellement sur l'action menée par les autorités des pays développés.

33. À cet égard, il convient de mentionner la méthode employée par la Nouvelle-Zélande. Ce pays ne poursuit pas toutes les ententes internationales auxquelles s'attaquent les grands pays. Au lieu de cela, il lutte en priorité contre les ententes internationales dont il a été prouvé qu'elles lui portaient spécifiquement préjudice. Or, lorsqu'elle s'applique à elle-même ce critère de préjudice spécifique, la Nouvelle-Zélande semble placer la barre plus haut. Ainsi, dans une affaire d'entente internationale où le produit concerné entrait dans la fabrication d'un produit largement vendu sur son territoire, l'autorité néo-zélandaise de la concurrence n'a pas donné suite à l'enquête alors que de nombreux autres pays ont préféré prendre des mesures. Cette décision était justifiée par le fait que l'augmentation de coût qui résultait de l'entente n'était pas répercutée de façon suffisamment importante sur le prix du produit final vendu en Nouvelle-Zélande¹⁸.

2. Mise au point de programmes de clémence

34. Il ne fait aucun doute que les programmes de clémence sont le moyen préférentiel le plus efficace pour enquêter sur une entente. Il arrive parfois, comme la remarque en a été faite plus haut, que des pays agissent contre des ententes internationales sans demandes de clémence. Cependant, en l'absence de telles demandes, ils sont confrontés à de sérieuses difficultés et risquent bien souvent d'échouer au terme d'une enquête longue et compliquée. Le cas du Japon, dans l'affaire des vitamines, en est un bon exemple: bien que l'entente ait déjà fait l'objet de poursuites aux États-Unis et dans l'UE et que deux des entreprises qui y étaient parties aient été japonaises, l'autorité japonaise n'a pas réussi à démontrer l'existence de l'entente et s'est contentée de formuler une mise en garde administrative sans infliger d'amende. Elle attribuait cet échec à l'absence de programme de clémence qui l'avait empêchée de se procurer davantage de renseignements auprès des parties à l'entente¹⁹.

35. En outre, comme l'ont démontré de nombreuses enquêtes sur les ententes internationales, la clémence est un outil efficace au service de la coopération internationale. Les entreprises qui demandent à bénéficier d'un programme de clémence déposant des demandes simultanées dans plusieurs pays, cela favorise l'échange d'informations, notamment d'éléments de preuve confidentiels, entre autorités de la concurrence. Cela permet aussi à ces organismes de coordonner étroitement leurs enquêtes à un stade précoce, avec des perquisitions inopinées effectuées en même temps, ce qui fait avancer la procédure dans chaque pays. La tendance est de plus en plus à une coopération internationale limitée aux autorités ayant reçu des demandes de clémence. Étant donné tous les avantages que présente ce système, la mise en place d'un programme de clémence efficace devrait être considérée comme la mesure à mettre en œuvre en priorité.

3. Coopération internationale

36. Il ne faudrait toutefois pas sous-estimer l'importance de la coopération informelle entre autorités de la concurrence. Dans l'éventualité où un pays en développement n'a pas de programme de clémence ou d'accord de coopération formel avec d'autres pays, la coopération informelle peut lui être d'une aide précieuse pour enquêter sur les ententes

¹⁸ D'après des informations communiquées par l'autorité néo-zélandaise.

¹⁹ Voir *supra*, note 15.

internationales. Quand les autorités brésiliennes ont rencontré ce problème au cours de leur enquête sur l'entente concernant les vitamines, par exemple, la coopération officielle assurée par le Canada leur a fourni des pistes sur l'objet exact de l'enquête, ce qui montre bien l'efficacité des réseaux informels.

37. Les efforts déployés au niveau mondial pour renforcer la coopération peuvent faire fond sur ce qui existe déjà. Comme l'ont proposé le Canada et le Sénégal²⁰, le simple fait d'intensifier l'échange d'informations appartenant au domaine public grâce à un réseau de renseignement serait dans l'intérêt de tous les participants, et surtout des autorités des pays en développement.

38. Ce réseau de renseignement pourrait comporter un système d'alerte destiné à informer les autorités de la concurrence des ententes pour lesquelles des poursuites ont été engagées avec succès, et notamment des techniques de détection et de recueil d'éléments de preuve utilisées. Une autre idée pourrait être de créer une banque de données internationale contenant une liste de tous les membres ou de toutes les entreprises parties à une entente impliqués dans des infractions graves et répétées. De tels systèmes garantiraient la continuité des efforts déployés sur le plan international pour poursuivre les ententes et enverraient un signal fort quant à la volonté de poursuivre ces pratiques dans d'autres pays.

4. Renforcement de la notoriété et des capacités

39. Pour inciter les parties à des ententes internationales à faire des demandes de clémence, les pays en développement doivent commencer par redoubler leurs efforts de lutte contre les ententes, surtout contre celles de portée nationale, ce qui leur permettra de renforcer leurs capacités et leur notoriété en matière de répression des ententes en général. L'expérience des pays considérés s'inscrit en faveur de cette proposition. Au terme de plusieurs années de lutte contre les ententes nationales, leur action a commencé à attirer l'attention des parties impliquées dans des ententes internationales.

40. Dans certains cas, une série d'ententes similaires concernant le même groupe de sociétés multinationales peut se former et déployer ses effets dans plusieurs pays. Étant donné que chacune d'elles ne touche qu'un seul pays et qu'il n'existe pas de mécanisme commun suffisamment efficace pour établir qu'il y a là une entente internationale, ces ententes ne sont, par définition, pas internationales mais nationales. Cependant, elles ont manifestement une certaine dimension internationale. Les sociétés multinationales déploient leurs activités dans plusieurs pays, ce qui leur permet d'être présentes sur différents marchés à la fois; or, cette présence multiple facilite la constitution et le fonctionnement d'ententes dans toute la région.

41. Le cas de l'Amérique latine en est un bon exemple. Les sociétés multinationales qui fournissent l'oxygène médical aux hôpitaux ont constitué des ententes visant à truquer les offres dans plusieurs pays de cette région. Faisant suite à l'action initialement menée par l'Argentine, les autorités de la concurrence du Pérou, du Chili et du Panama, ont elles aussi engagé contre ces ententes des poursuites qui ont abouti²¹.

42. Comme le montrent les cas cités, ce type d'enquête offre plusieurs avantages. Les sociétés multinationales ont une présence physique, ce qui permet aux autorités des pays concernés d'employer des moyens d'enquête traditionnels, dont des perquisitions inopinées. La question de la signification des documents ne se pose pas. Et l'échange d'informations

²⁰ Voir les contributions du Canada et du Sénégal au Forum mondial de l'OCDE sur l'amélioration de la coopération internationale dans le cadre des enquêtes visant des ententes (2012).

²¹ OCDE (2006), *Competition Law and Policy in Latin America*; OCDE (2010), *Competition Law and Policy in Panama: a Peer Review*; exposé présenté par le Pérou à l'atelier du Forum de coopération économique Asie-Pacifique organisé à Penang (2011).

officieuses peut suffire pour engager des enquêtes complémentaires. Un autre grand avantage, surtout pour les pays en développement, est que cela leur permet de consolider leur réputation d'agents actifs dans la lutte contre les ententes auprès de sociétés multinationales souvent impliquées dans des ententes mondiales.

Tableau

Exemples d'ententes internationales ayant fait l'objet d'une enquête et/ou de poursuites dans cinq pays sélectionnés

<i>Pays</i>	<i>Type d'entente</i>	<i>Produit</i>	<i>Pays d'origine des entreprises mises en cause</i>	<i>Régions concernées</i>	<i>Période couverte par l'enquête</i>	<i>Demande de clémence</i>	<i>Présence physique</i>	<i>Coopération internationale</i>
Brésil	Entente sur les prix Restriction de la production	Lysine	Europe, Japon, Amérique du Nord	Monde	2000-2011	Non	Succursale	États-Unis
	Entente sur les prix Restriction de la production	Vitamines	Europe, États-Unis	Monde	2000-2007	Non	Siège régional	États-Unis, UE
	Entente sur les prix	Câbles pétroliers sous-marins	États-Unis, Royaume-Uni, UE, Brésil, Japon	Monde	2007 jusqu'à présent	Oui	Sans objet	États-Unis, UE, Royaume-Uni, Japon
République de Corée	Entente sur les prix Partage des marchés	Électrodes en graphite	Japon, Allemagne, États-Unis	Monde	11.2000-4.2002	Non	Aucune	États-Unis, UE
	Entente sur les prix	Fret aérien	19 pays, dont la République de Corée	Monde	12.2005-11.2010	Oui	Siège et succursales	États-Unis, UE
	Entente sur les prix Restriction de la production	Écrans à cristaux liquides à matrice active	République de Corée, Province chinoise de Taiwan	Monde	3.2006–12.2011	Oui	Siège	États-Unis, UE
Mexique	Entente sur les prix	Acide citrique	Allemagne, Belgique, États-Unis	Monde	1998-2001	Non	Filiale	États-Unis
	Entente sur les prix Restriction de la production	Vitamines	Allemagne, Belgique, France	Monde	1999-2002	Non	Filiale	États-Unis
Turquie	Entente sur les prix Restriction de la production	Charbon	Autriche, Suisse	Turquie	2003-2010	Non	Filiale	Non
Chili	Entente sur les prix	Compresseurs de machine frigorifique	Brésil, Japon, autres pays	Monde	2010 jusqu'à présent	Oui	Aucune	États-Unis, UE, Brésil, autres pays

Source: D'après des informations communiquées par les autorités de la concurrence.

II. Contrôle des fusions internationales dans les pays en développement

43. La suppression des frontières dans les échanges économiques est l'un des faits marquants des deux dernières décennies. La libéralisation rapide de bon nombre de pays en développement et pays en transition a contribué au développement des activités économiques transfrontières. Ainsi, les fusions internationales se sont multipliées partout dans le monde.

44. Au sens de la présente étude, l'expression «fusion internationale» s'entend des fusions qui engagent des sociétés établies dans plus d'un pays ou ont des conséquences pour les marchés de plusieurs pays. Les fusions internationales peuvent ainsi engager directement des entreprises locales, ou engager des sociétés transnationales étrangères, mais avoir des conséquences pour le marché d'un pays tiers²². Les expressions «fusion internationale» et «fusion transnationale» sont utilisées dans le présent document de manière interchangeable.

A. Aperçu de la pratique dans certains pays

45. Les pays développés possèdent une longue expérience du contrôle des fusions internationales. Bon nombre de pays en développement n'ont qu'une expérience limitée, voire inexistante, dans ce domaine, en raison principalement d'un manque de ressources et de compétences. Entre 2000 et 2011, des pays comme le Brésil, le Chili, la République de Corée, le Mexique, l'Afrique du Sud et la Turquie ont intensifié leurs mesures d'exécution concernant les fusions internationales. Cette tendance s'est encore accentuée au cours des cinq dernières années.

46. Certaines observations ont pu être faites d'après la pratique de ces six pays. Les examens de fusions internationales engagés par ces derniers ont concerné surtout des fusions horizontales. Même s'ils sont rares, il existe des cas de fusion verticale et de fusion conglomerale, notamment en Afrique du Sud et en Turquie. Les affaires de fusions internationales examinées ont concerné divers secteurs: technologies de l'information et de la communication, produits chimiques, miniers et pharmaceutiques, énergie et transports aériens.

47. Concernant la présence physique des parties à la fusion dans le pays effectuant l'examen, au moins une des parties, dans la plupart des exemples communiqués par le Brésil, le Chili, le Mexique, l'Afrique du Sud et la Turquie, disposait d'une filiale ou d'une succursale dans le pays. En République de Corée, néanmoins, les parties n'avaient généralement pas de présence physique dans le pays.

48. En ce qui concerne les décisions concernant les fusions internationales, des mesures correctives sont imposées. La plupart des fusions internationales ont été approuvées à certaines conditions, principalement l'obligation de procéder à des cessions partielles, dans cinq des pays considérés, à l'exception de l'Afrique du Sud. Dans ce pays, sur les 190 fusions internationales environ examinées entre 2000 et 2011, toutes ont été approuvées et seulement 23 l'ont été sous conditions. Petit pays à économie ouverte, Singapour fait exception. Sur les 28 fusions examinées depuis l'entrée en vigueur du régime de contrôle des fusions de ce pays, mi-2007, 18 avaient une dimension

²² Contribution de la CNUCED à la Table ronde sur le contrôle des fusions internationales, Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence (2011).

internationale²³. Singapour n'a imposé aucune mesure corrective pour les fusions internationales qu'elle a examinées et autorisées à ce jour.

49. Il ressort de la pratique des six pays considérés que ceux-ci effectuent leurs propres examens des fusions, même quand la même affaire est examinée par d'autres pays pour traiter les problèmes de concurrence qui se posent pour leur marché. Une coopération peut intervenir dans certains cas, en particulier avec l'UE et les États-Unis.

B. Difficultés rencontrées par les pays en développement en matière de contrôle des fusions internationales

1. Notification

50. Il existe trois systèmes de notification des fusions:

- a) Le système de notification préalable, dans lequel la fusion doit être notifiée par les parties avant que l'opération ait lieu;
- b) Le système de notification postérieure, qui peut être soit facultatif, soit obligatoire;
- c) Le système de notification facultative, dans lequel la notification est faite, avant ou après la fusion, de manière facultative.

51. L'absence de notification par les parties à une fusion internationale est un risque auquel doivent faire face bon nombre de pays en développement, qui sera d'autant plus important dans les pays à système de notification facultative. La déclaration en temps utile de l'opération et le respect des lois locales sont également associés à des difficultés pour ces pays lors des fusions entre sociétés étrangères. Les multinationales informent en priorité du projet d'opération les pays plus importants et expérimentés, et ce n'est que plus tard dans le processus de fusion qu'elles informent les «pays non prioritaires»²⁴, qui doivent faire face dans l'urgence, ce qui suscite des déconvenues et des tensions qui pourraient être évitées si la notification était faite en temps opportun.

52. Le fait de notifier une fusion avant ou après sa réalisation effective est important. Pour les pays à système de notification postérieure, le problème posé par les fusions internationales est que les fusions leur sont parfois notifiées après leur approbation par d'autres pays et leur mise à exécution. En pareil cas, ils peuvent hésiter à contester la fusion, en dépit de ses effets anticoncurrentiels potentiels.

53. Avant les modifications entrées en vigueur le 30 mai 2012 qui imposent la notification préalable, le système brésilien de notification des fusions relevait de la deuxième catégorie ci-dessus. Il n'était pas rare que les autorités de concurrence brésiliennes soient informées tardivement dans les affaires de fusion internationale. Mais ce n'est pas ce décalage qui crée des problèmes importants. Le vrai problème survient quand une fusion internationale est réalisée avant que l'autorité de la concurrence d'un pays concerné par la fusion ait donné son accord. L'aptitude de l'autorité à appliquer des

²³ Contribution de Singapour à la Table ronde de la CNUCED sur les pratiques internationales anticoncurrentielles: Enjeux pour les pays en développement et les pays en transition, douzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence (2012).

²⁴ Contribution de l'Afrique du Sud à la Table ronde sur le contrôle des fusions internationales, Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence (2011).

mesures correctives efficaces à l'opération notifiée et à coopérer avec ses homologues étrangères se trouve alors compromise²⁵.

54. En cas d'absence de notification par les parties à une fusion internationale dont la notification est obligatoire, les autorités de concurrence peuvent informer les entreprises concernées de leur obligation de notification par courrier électronique ou par l'intermédiaire de filiales locales ou de clients de ces entreprises. Dans certains cas, il est possible de prendre contact avec des grands cabinets juridiques locaux, qui entretiennent souvent des relations avec des grands cabinets juridiques des États-Unis et de l'UE²⁶.

55. L'une des difficultés que les fusions entre grandes sociétés étrangères posent aux petits pays est que les parties soumettent le plus souvent des notifications fondées sur les données qu'elles utilisent pour la déclaration dans d'autres pays. Singapour indique dans sa communication à la CNUCED que dans les affaires de fusions internationales concernant des entreprises étrangères, l'absence de données propres au pays est fréquente et que les parties recherchent avant tout l'agrément des grands pays. Elle ajoute que les effets précis qu'aurait la fusion à Singapour peuvent être difficiles à discerner quand les parties sont engagées dans des activités multiples partout dans le monde. En dépit de ces difficultés, la Commission de la concurrence de Singapour a examiné toutes les fusions internationales dont elle a reçu notification, indépendamment du caractère international de la fusion ou de son examen par une autre juridiction.

2. Accès à l'information

56. Les autorités de concurrence des pays en développement et des petits pays peuvent avoir du mal à recueillir des informations, ainsi qu'à soumettre et rassembler des questionnaires auprès des parties lors de fusions internationales auxquelles ne participent pas des entreprises locales et quand les parties n'ont pas de locaux sur leur territoire. Dans ce cas, une manière d'obtenir des informations peut être d'entrer en contact directement avec les parties ou de solliciter l'appui des services diplomatiques dans leurs pays d'origine respectifs²⁷. Une autre possibilité est la coopération avec les autorités de concurrence étrangères. Toutefois, comme dans les affaires de cartels internationaux, la confidentialité des données et des informations reçues des parties associées à une opération rend l'échange de certains renseignements difficile.

57. Une autre difficulté en matière d'accès à l'information tient à la langue de communication. La plupart des données recueillies auprès des parties dans les affaires de fusion internationale sont en anglais. Cela suppose pour le personnel des autorités de concurrence des pays non anglophones d'avoir des compétences linguistiques suffisantes. Le problème de la langue peut faire obstacle à la coopération entre autorités chargées de la concurrence même au sein d'une même région²⁸.

3. Mesures correctives

58. La décision d'imposer ou non des mesures correctives dans le cadre d'une affaire de fusion internationale et le choix et la conception de ces mesures dépendent de la structure du marché et de la situation des parties à la fusion dans les pays concernés. Dans certains

²⁵ Botta M. (2011), *Merger Control Regimes in Emerging Economies: A Case Study on Brazil and Argentina*, International Competition Law Series, Wolters Kluwer.

²⁶ Contribution de la République de Corée à la Table ronde de la CNUCED sur les pratiques internationales anticoncurrentielles: Enjeux pour les pays en développement et les pays en transition, douzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence (2012).

²⁷ Voir *supra*, note 25.

²⁸ Voir *supra*, notes 22 et 25.

pays, une fusion internationale peut être approuvée sans conditions, tandis que des mesures correctives peuvent être imposées dans d'autres pays. Bon nombre de pays s'en tiennent à des mesures correctives qui protègent la concurrence sur leur propre territoire. Quand un pays cherche à adopter des mesures correctives allant au-delà de ce qui est nécessaire pour remédier au problème de concurrence sur son territoire, il peut être perçu comme outrepassant ses prérogatives souveraines au détriment d'autres pays²⁹. La difficulté à imposer des mesures correctives et à contrôler leur application est un autre problème susceptible de limiter les autorités de concurrence dans leur choix de mesures correctives dans le cadre d'affaires de fusion internationale³⁰.

59. À l'heure actuelle, seul un très petit nombre de grands pays exerce un plein contrôle sur les grandes fusions internationales, et ces pays imposent des mesures pour remédier aux effets anticoncurrentiels sur leurs marchés. Ainsi, les effets néfastes d'une fusion sur les pays en développement peuvent échapper à un contrôle suffisant³¹. Les scénarios adoptés par les pays en développement pour les mesures correctives concernant les fusions internationales sont de deux ordres. Le premier est celui dans lequel un pays en développement ou un petit pays emboîte le pas à un pays, ou un groupe de pays développés, soit a) en ne prenant aucune mesure, soit b) en examinant la fusion et en imposant les mêmes mesures correctives que le pays ou le groupe de pays développés, quand ces mesures correctives sont susceptibles de mettre fin aux problèmes de concurrence sur son territoire. Le deuxième scénario est celui où des pays en développement examinent la fusion et imposent des mesures correctives différentes pour remédier à leurs préoccupations en matière de concurrence.

60. Concernant la situation b) du premier scénario, un bon exemple est celui de la fusion entre Dow Brasil et Rohm and Haas Química effectuée le 10 juillet 2008 entre les deux sociétés mères établies aux États-Unis. La fusion a été notifiée au Brésil le 31 juillet 2008. Jusqu'à cette date, la fusion avait été analysée et approuvée par bon nombre d'autres pays ou groupes de pays, notamment l'Afrique du Sud, la Turquie, le Canada, la Chine, le Mexique et l'Union européenne. La Commission fédérale du commerce des États-Unis a aussi examiné la fusion et ordonné au groupe Dow de vendre ses actifs productifs sur le marché concerné. Les autorités brésiliennes ont pris en considération la décision de la Commission dans leur analyse et décidé que les conditions imposées par celle-ci mettaient fin aux problèmes de concurrence qui se posaient au Brésil³². D'autres bons exemples sont la fusion entre Manitowoc et Enodis et celle entre Thomson et Reuters, pour lesquelles Singapour a estimé que les mesures correctives imposées par l'UE dans le premier cas, et par les États-Unis et l'UE dans le deuxième cas, remédieraient aux problèmes de concurrence qui se posaient à Singapour³³.

61. Un bon exemple pour illustrer le deuxième scénario est celui de l'acquisition d'Alcon par Novartis, qui a été examinée par le Mexique ainsi que par l'UE et la Chine, notamment. Cette affaire montre que des autorités de concurrence de pays en développement relativement plus expérimentées peuvent concevoir et appliquer leurs propres mesures correctives, y compris des mesures structurelles comme la cession d'actifs, pour remédier aux problèmes de concurrence sur leur marché. Dans cette affaire de fusion internationale, la Commission fédérale mexicaine de la concurrence a estimé que la fusion créerait une forte concentration et donc un certain nombre de problèmes de concurrence sur

²⁹ Observations formulées par William Kovacic sur le plan général de la présente étude.

³⁰ International Competition Network Merger Remedies Review Report (2005).

³¹ Contribution de la République de Corée à la Table ronde sur le contrôle des fusions internationales, Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence (2011).

³² Contribution du Brésil à la Table ronde sur le contrôle des fusions internationales, Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence (2011).

³³ Voir *supra*, note 22.

le marché concerné. La Commission a reçu le 21 juillet 2010 une proposition des parties à la fusion concernant la cession du produit dont le marché au Mexique souffrirait des conséquences de l'opération envisagée. La Commission a accepté cette mesure structurelle sous réserve de certaines conditions imposées aux parties³⁴.

62. Pour le deuxième scénario, il existe des situations dans lesquelles la décision d'une autorité de la concurrence d'un pays en développement ne répond pas aux problèmes de concurrence qui se posent dans un autre pays en développement. De ce fait, l'autorité de la concurrence locale peut être amenée à procéder à sa propre analyse. Un bon exemple est celui de l'acquisition par Mexichem de la filiale d'Amanco PAVCO en mars 2007; dans cette affaire, la Surintendance de l'industrie et du commerce (SIC) de la Colombie s'est intéressée aux problèmes de concurrence qui se posaient localement en raison des particularités du marché colombien en effectuant son propre examen. Mexichem est le plus important producteur de résines et de composants de polychlorure de vinyle (PVC) au Mexique, et PAVCO, un de ses clients, est le premier fabricant de tuyaux en PVC d'Amérique latine. Le Brésil et le Mexique ont autorisé la fusion, tandis que la SIC bloquait l'opération par une décision datée du 16 juillet 2007³⁵. La Surintendance a estimé que Mexichem et PAVCO disposaient de positions dominantes sur leurs marchés respectifs et que leur intégration verticale porterait atteinte à la concurrence. Les obstacles à l'entrée étaient élevés en raison de droits d'importation élevés sur les importations de résine de vinyle, dont PAVCO est le seul fabricant en Colombie. Les restrictions d'accès seraient devenues plus importantes encore si la fusion avait été autorisée.

63. Une autre question importante soulevée par les fusions internationales est celle de savoir si un conflit est susceptible de se produire entre les décisions ou les mesures correctives adoptées par les différents pays et la façon de remédier à ces conflits. Dans sa communication, la République de Corée note qu'il peut se produire des cas où les mesures correctives imposées révèlent des différences d'approche entre les autorités de concurrence. Il ne s'agit pas en l'occurrence de «conflits» et ces différences ne sont pas de nature à bloquer la fusion. En cas de coopération avec des autorités étrangères, la République de Corée communique à l'avance un nombre très important d'avis relatifs aux pratiques anticoncurrentielles et aux mesures correctives finales. Cela facilite la convergence des autorités des pays concernés vers des positions analogues³⁶. Même si les décisions finales sont différentes, cela ne pose pas de problème dans la mesure où les autorités de concurrence sont en droit d'adopter une mesure corrective fondée sur leurs propres analyses.

4. Contraintes matérielles

64. Les affaires de fusions internationales, en particulier les fusions entre multinationales étrangères, ne sont pas aisées à traiter pour les organismes de concurrence de création récente, dont les ressources humaines et financières sont limitées. En outre, les fusions de ce type associent le plus souvent des entreprises de très grande taille et leurs effets potentiels sur les marchés des pays en développement doivent être analysés de manière correcte et détaillée. Le manque de ressources, de compétences et d'expérience peut constituer un frein à l'examen de ces fusions par les autorités de concurrence des pays en développement.

³⁴ Décision de la Commission fédérale de la concurrence dans l'affaire n° CNT-017-2010 (version non confidentielle), 31 août 2010; décision de la Commission européenne sur l'affaire n° COMP/M.5778 – Novartis/Alcon.

³⁵ Joseph Krauss (2009). Merger policy in Latin America. In Fox E and Sokol D, eds. *Competition Law and Policy in Latin America*. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon.

³⁶ Voir *supra*, note 25.

65. En ce qui concerne la fusion entre Western Digital et Viviti Technologies, bien que le produit concerné fasse partie d'une chaîne d'approvisionnement mondiale dans le secteur de la fabrication de matériel informatique, où les pays en développement asiatiques sont fortement présents, aucun d'entre eux, à l'exception de la Chine, n'a examiné cette fusion, qui pourrait fausser la concurrence sur le marché de ces pays. Le responsable de l'autorité chinoise antimonopole a déclaré en décembre 2011 que le Ministère du commerce chinois, qui devient de plus en plus influent en matière de contrôle des fusions internationales, chercherait des solutions appropriées pour répondre à ses préoccupations³⁷.

C. Perspectives

1. Mise en place et renforcement de capacités

66. Les autorités de concurrence des pays en développement doivent renforcer leurs capacités de façon à pouvoir gérer plus efficacement les fusions internationales. Elles peuvent dans un premier temps acquérir des capacités de contrôle en intervenant dans le contrôle des fusions au niveau national, et passer dans un deuxième temps à l'examen des fusions internationales quand leur personnel a acquis une expérience suffisante. Le renforcement des compétences du personnel des autorités de concurrence et du secteur judiciaire est déterminant pour pouvoir assurer un contrôle efficace.

67. La participation des autorités de concurrence et des membres de l'administration judiciaire qui gèrent les affaires de concurrence à des cadres de coopération internationaux, régionaux et bilatéraux et des forums internationaux sur la concurrence comme le Réseau international de la concurrence, l'OCDE et la CNUCED est également très importante. Le personnel chargé des questions de concurrence peut ainsi communiquer, nouer des relations de travail et échanger des expériences avec ses homologues d'autres autorités de concurrence dans le domaine des fusions internationales et demander une aide technique.

68. Étant donné le grand nombre de fusions qui ont lieu dans le monde, le traitement prioritaire des fusions internationales devrait être envisagé pour optimiser l'utilisation des ressources des autorités de concurrence des pays en développement. Lorsque plusieurs pays partagent des préoccupations mutuelles concernant une fusion internationale, les pays en développement et les petits pays peuvent emboîter le pas aux grands pays, qui disposent de davantage de ressources pour traiter les fusions internationales et d'une plus grande influence dans la négociation et l'application des mesures correctives imposées aux parties à la fusion.

2. Coopération entre autorités de concurrence

69. La coopération dans le domaine des pratiques commerciales restrictives, y compris celles des sociétés transnationales, est l'une des mesures internationales prévues dans l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives négocié sous les auspices de la CNUCED. La recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions (2005) souligne l'importance de la coopération et de la coordination en matière de contrôle des fusions internationales.

70. La coopération dans le contrôle des fusions internationales peut intervenir aux niveaux multilatéral, régional et bilatéral. La coopération peut soit être facilitée par des dispositions sur la concurrence figurant dans des accords régionaux ou bilatéraux; ou intervenir dans un cadre informel entre des fonctionnaires chargés de la concurrence de différents pays qui coopèrent pour certaines affaires. Le Chili souligne dans sa communication la nécessité d'une coopération dans les affaires de fusion internationale,

³⁷ <http://www.businessweek.com>.

particulièrement en ce qui concerne l'évaluation des mesures correctives appropriées. Bien que le Chili ait signé des accords commerciaux contenant des dispositions sur la concurrence, et des mémorandums d'accords, il a eu recours plus souvent à la coopération informelle directe avec des organismes étrangers, qu'il estime avoir été très utile, notamment pour le choix et la conception des mesures correctives. La fusion entre les compagnies aériennes LAN (Chili) et TAM (Brésil), qui a fait l'objet d'un examen dans les deux pays, constitue un bon exemple de coopération informelle. Les fonctionnaires chiliens chargés de la concurrence ont coopéré avec leurs homologues d'autres pays et ont échangé des expériences sur les méthodes et les outils qui pouvaient être utilisés pour évaluer les effets de la fusion et les risques susceptibles d'en découler. Ils ont également sollicité des conseils sur les mesures correctives qui ont été appliqués avec succès dans des affaires analogues et celles qui étaient à éviter³⁸.

71. La République de Corée relève des analogies dans les affaires récentes de fusion internationale dans les évaluations des effets anticoncurrentiels et les mesures correctives imposées³⁹. C'est peut-être là une conséquence de la coordination intervenue entre les organismes de concurrence qui ont enquêté sur les mêmes affaires de fusion. L'affaire la plus remarquable à cet égard est la récente acquisition de Viviti Technologies (Viviti), société singapourienne, par Western Digital, entreprise des États-Unis, respectivement les troisième et deuxième fabricants de disques durs au monde. L'UE a approuvé la fusion le 23 novembre 2011 sous conditions. Après la décision de l'UE et compte tenu des engagements pris par Western Digital, l'Australie, le Japon et la République de Corée ont donné leur accord. Les dates rapprochées de leurs décisions laissent supposer qu'il y a eu coordination entre les différentes autorités. La fusion a été examinée par de nombreux pays ou groupes de pays, notamment l'Australie, l'UE, le Japon et la République de Corée, qui ont tous formulé la même crainte que la fusion réduirait le nombre de concurrents, ce qui exercerait des effets anticoncurrentiels sur la production et la vente mondiales du produit considéré. Pour lever ces inquiétudes, Western Digital a proposé de se retirer des principaux actifs nécessaires à la fabrication des disques durs de 3,5 pouces. Cette mesure a été acceptée par les autorités mentionnées. Dans cette affaire, la Commission coréenne des pratiques commerciales loyales a consulté ses homologues des États-Unis et de l'Union européenne pour évaluer les effets anticoncurrentiels et suggérer des mesures correctives possibles⁴⁰.

72. La fusion d'AP Moller-Maersk (Danemark) et de Royal P&O Nedlloyd N.V. (PONL, Pays-Bas) dans le secteur du transport maritime est un bon exemple de coopération entre autorités chargées de la concurrence de pays développés et de pays en développement. La Commission de la concurrence sud-africaine (SACC) et la Commission européenne ont coopéré lors de cette affaire et échangé des renseignements avec l'accord des parties⁴¹. La SACC a approuvé la fusion à certaines conditions.

³⁸ Contribution du Chili à la Table ronde de la CNUCED sur les pratiques internationales anticoncurrentielles: enjeux pour les pays en développement et les pays en transition, douzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence (2012).

³⁹ Voir *supra*, note 25.

⁴⁰ Voir *supra*, note 25.

⁴¹ CNUCED (2006). Affaires importantes récentes concernant plusieurs pays. TD/B/COM.2/CLP/53, Genève, 13 octobre.

Le pouvoir de la coopération et de la coordination: la proposition de création de coentreprise entre Rio Tinto et BHP Billiton

La proposition de création d'une coentreprise entre Rio Tinto et BHP Billiton constitue un très bon exemple de coopération et de coordination, entre la Commission australienne de la concurrence et de la consommation, la Commission européenne, l'Office fédéral allemand des cartels, la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales et la Commission coréenne des pratiques commerciales loyales. Les autorités précitées ont échangé des opinions par courrier électronique ou lors de rencontres pendant le déroulement de l'affaire. Cette forte coopération a été motivée par le fait que la fusion aurait des conséquences pour le marché mondial du minerai de fer transporté par voie maritime, et donc pour l'ensemble des pays concernés. L'existence d'intérêts communs a facilité et conforté les efforts de coordination et de coopération.

Rio Tinto (Australie) et BHP Billiton (Royaume-Uni) sont les deuxième et troisième producteurs de minerai de fer au monde, respectivement. Ils ont décidé de créer une coentreprise pour produire en commun du minerai de fer en Australie occidentale en 2009.

Après avoir examiné l'affaire, la Commission coréenne des pratiques commerciales loyales a présenté son rapport d'examen récapitulant les résultats de l'enquête aux parties. Elle a ensuite informé la Commission australienne de la concurrence et de la consommation et la Commission européenne de sa décision selon laquelle l'alliance proposée aurait des effets anticoncurrentiels. Les quatre autorités sont toutes parvenues à la même conclusion.

Devant cette forte concertation, Rio Tinto et BHP Billiton ont annoncé leur décision de renoncer à l'accord de coentreprise le 18 octobre 2010 en partant du principe que l'opération ne serait pas approuvée par les autorités de concurrence susmentionnées.

Source: Contribution de la République de Corée à la Table ronde de la CNUCED sur les pratiques internationales anticoncurrentielles: défis pour les pays en développement et les pays en transition, douzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence (2012).

73. Pour ce qui est des mesures d'exécution, les accords de coopération bilatéraux semblent mieux fonctionner que les cadres de coopération régionaux. Les accords bilatéraux entre les États-Unis et le Brésil et les États-Unis et le Mexique constituent des exemples de cadres de coopération formels et contiennent des dispositions sur la coopération et la coordination en matière d'exécution; ils cherchent également à prévenir les conflits d'intérêts. Ils mettent l'accent sur la nécessité de tenir compte des intérêts importants des autres pays à toutes les étapes des activités d'exécution, y compris les mesures correctives et les sanctions demandées dans chaque affaire⁴². Le Brésil indique que dans le cadre de l'accord de coopération passé entre ce pays et les États-Unis, les autorités des deux pays se sont informées réciproquement dans un certain nombre d'affaires de fusion qui pouvaient avoir des conséquences pour l'autre pays⁴³.

74. Les accords bilatéraux entre pays développés contiennent des règles et des conditions précises sur l'échange d'informations entre juridictions, tandis que les accords passés avec des pays en développement ne prévoient pas de mesures particulières pour l'échange d'informations. L'intégration de principes comme le principe de réciprocité, la

⁴² Voir *supra*, note 34.

⁴³ Contribution du Brésil à la septième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, Genève, 2006.

protection de la confidentialité et l'interdiction d'utiliser l'information à d'autres fins est un aspect significatif pour les accords de coopération bilatérale. Un autre moyen de faciliter la coopération entre autorités chargées de la concurrence peut être d'obtenir une dérogation des parties de façon à pouvoir accéder à l'information communiquée à d'autres pays. De telles mesures sont susceptibles de promouvoir la coopération entre les organismes de concurrence des pays développés et des pays en développement⁴⁴.

75. Bien que présentant certaines difficultés, la coopération dans les affaires de fusion internationale est possible et faciliterait le travail des autorités de concurrence, en particulier celles des pays en développement. Les efforts de coopération ne doivent pas se limiter à des accords bilatéraux formels entre autorités de concurrence. D'autres moyens d'améliorer la coopération entre autorités de la concurrence des pays en développement et des pays développés seraient de travailler de concert en recueillant et en échangeant des renseignements sur les affaires de fusion internationale et en échangeant des avis sur les méthodes, les stratégies et les mesures correctives appropriées dans les affaires de cette nature.

⁴⁴ Observations communiquées par la Commission japonaise de pratiques commerciales loyales sur le plan général de la présente étude.