

Distr.  
GENERALE

TD/B/RBP/81/Rev.1  
26 août 1992

FRANCAIS  
Original : ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DEVELOPPEMENT  
Groupe intergouvernemental d'experts  
des pratiques commerciales restrictives  
Onzième session  
Genève, 23 novembre 1992  
Point 4 c) de l'ordre du jour provisoire

SUITE DES TRAVAUX RELATIFS A L'ELABORATION D'UNE LOI TYPE OU DE LOIS TYPES  
SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES RESTRICTIVES

Amendements proposés aux projets d'éléments révisés pour les articles  
d'une loi type ou de lois types et commentaires sur les éléments

Document établi par le secrétariat de la CNUCED

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION .....	1 - 5	1
PREMIERE PARTIE		
A. PROJETS D'ELEMENTS POUR LES ARTICLES .....	6	2
TITRE DE LA LOI : Elimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives : Loi antimonopole Loi sur la concurrence		
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE PREMIER Objectifs ou buts de la loi .....		2
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 2 Définitions et champ d'application .....		2
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 3 Accords ou arrangements restrictifs .....		3
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 4 Actes ou comportements constituant l'abus ou l'acquisition et l'abus d'une position dominante sur le marché .....		4
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 5 Dispositions intéressant la protection des consommateurs .....		5
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 6 Notification .....		5
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 7 L'organe de tutelle et son organisation .....		7
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 8 Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle .....		7
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 9 Sanctions et réparation .....		8
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 10 Recours .....		9

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 11		
Action en dommages-intérêts .....		9
B. AMENDEMENTS PROPOSES .....	7 - 45	9
Article 1 .....	9 - 14	9
Article 2 .....	15 - 23	11
Articles 3 et 4 .....	24 - 37	13
Article 5 .....	38	17
Article 6 .....	39 - 41	18
Articles 7 et 8 .....	42 - 44	20
Article 11 .....	45	21
DEUXIEME PARTIE - COMMENTAIRE DES ARTICLES .....	46 - 108	23
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE PREMIER		
Objectifs ou buts de la loi .....	47 - 48	23
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 2		
Définitions et champ d'application .....	49 - 54	23
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 3		
Accords ou arrangements restrictifs .....	55 - 70	24
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 4		
Actes ou comportements constituant l'abus ou l'acquisition et l'abus d'une position dominante sur le marché .....	71 - 91	28
Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus ou l'acquisition et l'abus d'une position dominante sur le marché		
Actes ou comportements abusifs		
Autres restrictions à l'achat, à la fabrication et à la vente de biens		
Fusions, prises de contrôle, coentreprises et autres modes d'acquisition de contrôle, y compris directions imbriquées, de caractère horizontal, verticale ou hétérogène		

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 5 Dispositions intéressant la protection des consommateurs .....	92 - 95	34
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 6 Notification .....	-	35
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 7 L'organe de tutelle et son organisation .....	96 - 98	35
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 8 Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle .....	99 - 102	36
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 9 Sanctions et réparation .....	103 - 104	36
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 10 Recours .....	105 - 106	37
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 11 Action en dommages-intérêts .....	107 - 108	37

## INTRODUCTION

1. A sa dixième session, le Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives a examiné un rapport préliminaire du secrétariat de la CNUCED sur la suite de ses travaux relatifs à l'élaboration d'une loi type ou de lois types sur les pratiques commerciales restrictives (TD/B/RBP/81).
2. Pour aider le secrétariat à mener à bien sa tâche et lui donner les orientations nécessaires, les gouvernements et les groupements régionaux ont été invités à formuler des observations sur ce rapport et à fournir les renseignements nécessaires sur l'évolution récente et les tendances persistantes concernant le contrôle ou l'élimination des pratiques commerciales restrictives.
3. A sa dixième session, le Groupe intergouvernemental d'experts s'est félicité "du document utile établi par le secrétariat de la CNUCED sur les projets d'éléments révisés pour les articles d'une loi type ou de lois types" (TD/B/RBP/81), et l'a prié "de présenter une nouvelle version de ce document, compte tenu des observations formulées à sa dixième session, ainsi que des commentaires qui auront été présentés par écrit avant la fin de janvier 1992" 1/. Outre les observations générales formulées par le Groupe B, qui sont consignées au paragraphe 53 du rapport du Groupe intergouvernemental d'experts sur sa dixième session (TD/B/1310-TD/B/RBP/85), des commentaires détaillés ont été communiqués par le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique.
4. Le présent document reproduit pour l'essentiel le texte des propositions figurant dans le document TD/B/RBP/81, auquel une nouvelle section B, intitulée "Amendements proposés", a été ajoutée dans la première partie sur la base des commentaires détaillés reçus.
5. A partir de ces propositions, le Groupe intergouvernemental d'experts est invité à arrêter, à sa onzième session, le texte final d'une loi type ou de lois types sur les pratiques commerciales restrictives.

PREMIERE PARTIE

A. PROJETS D'ELEMENTS POUR LES ARTICLES

6. En vue de faciliter le travail du Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives, à sa onzième session, nous reproduisons ci-après, inchangé, le texte initial des projets d'éléments pour les articles, tel qu'il figure dans le document TD/B/RBP/81. Ce texte doit être rapproché des amendements proposés que l'on trouvera énoncés plus loin dans la section B de cette première partie.

TITRE DE LA LOI :

Elimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives

Loi antimonopole

Loi sur la concurrence

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE PREMIER

OBJECTIFS OU BUTS DE LA LOI

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

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 2

DEFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

I. Définitions

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

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

c) L'expression "marché considéré" désigne la branche commerciale dans laquelle la concurrence a été restreinte et la zone géographique visée, et elle englobe tous les produits ou services qui peuvent raisonnablement se substituer les uns aux autres, ainsi que tous les concurrents voisins vers lesquels les consommateurs pourraient se tourner à brève échéance si la restriction ou l'abus entraînait une augmentation non négligeable des prix.

## II. Champ d'application

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

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

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

## PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 3

### ACCORDS OU ARRANGEMENTS RESTRICTIFS

#### I. Interdiction des accords ci-après entre des entreprises qui sont concurrentes ou qui peuvent le devenir, 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 de la production ou des ventes, notamment au moyen de contingents;
- e) Refus de vente concerté;
- f) Refus d'approvisionnement concerté;
- 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

Les pratiques relevant du paragraphe 1, quand elles sont dûment notifiées à l'avance et quand elles sont le fait d'entreprises exposées à une concurrence effective, peuvent être autorisées lorsque les responsables de l'application des lois relatives à la concurrence établissent que l'accord dans son ensemble servira l'intérêt public.

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 4

ACTES OU COMPORTEMENTS CONSTITUANT L'ABUS OU L'ACQUISITION  
ET L'ABUS D'UNE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHÉ

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

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

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

II. Actes ou comportements réputés abusifs

- a) Comportement prédateur à l'égard des concurrents, comme pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents;
- b) Fixation de prix ou de modalités ou conditions discriminatoires (c'est-à-dire différenciés de façon injustifiable) pour la fourniture ou l'achat de biens ou de services, y compris au moyen de politiques de fixation des prix pour les transactions entre entreprises affiliées qui font payer au-dessus ou au-dessous du prix normal les biens ou services achetés ou fournis par rapport aux prix appliqués à des transactions similaires ou comparables qui n'interviennent pas entre les entreprises affiliées;
- c) Fixation des prix auxquels des marchandises peuvent être revendues, y compris les marchandises importées ou exportées;
- d) Restrictions à l'importation de biens légitimement désignés à l'étranger par une marque de commerce ou de fabrique identique ou similaire à la marque de commerce ou de fabrique protégée dans le pays importateur pour des biens identiques ou similaires, quand les marques en question sont de même origine, c'est-à-dire appartiennent au même propriétaire, ou sont utilisées par des entreprises entre lesquelles il y a une interdépendance économique, organique, administrative ou juridique, et que le but de ces restrictions est de maintenir des prix artificiellement élevés;
- e) Quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la qualité, la sécurité, une distribution ou un service satisfaisant :
  - i) Refus partiel ou complet de traiter aux conditions commerciales habituelles de l'entreprise;



- ii) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'acceptation de restrictions concernant la distribution ou la fabrication de biens concurrents ou autres;
  - iii) Imposer des restrictions à la revente ou à l'exportation des biens fournis ou d'autres biens quant au lieu ou à la personne destinataire, ou quant à la forme ou au volume de ces biens;
  - iv) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'achat d'autres biens ou services auprès du fournisseur ou de la personne désignée par lui.
- f) Fusions, prises de contrôle, coentreprises ou autres modes d'acquisition du contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, lorsque :
- i) L'une au moins des entreprises est établie dans le pays, et que
  - ii) la part de marché résultant dans le pays, ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, représentera une position dominante ou une réduction sensible de la concurrence sur un marché dominé par un très petit nombre d'entreprises.

### III. Autorisation

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

#### PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 5

##### DISPOSITIONS INTERESSANT LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

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

#### PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 6

##### NOTIFICATION

###### I. Notification par les entreprises

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

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

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

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

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

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

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

## II. Décision de l'organe de tutelle

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

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

3. On pourrait prévoir la possibilité de retirer une autorisation, par exemple si l'organe de tutelle constate que :

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

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

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

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 7

L'ORGANE DE TUTELLE ET SON ORGANISATION

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

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 8

FONCTIONS ET POUVOIRS DE L'ORGANE DE TUTELLE

- I. Les fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle pourraient être notamment les suivants (à titre d'exemple) :
  - a) Procéder à des enquêtes, notamment après réception de plaintes;
  - b) Prendre les décisions nécessaires, notamment imposer des sanctions ou en recommander à un ministre responsable;
  - c) Faire des études, publier des rapports et informer le public;
  - d) Délivrer des formulaires et tenir un registre des notifications;
  - e) Etablir des réglementations et les promulguer;
  - f) Aider à l'établissement d'une législation nouvelle ou à la modification ou révision de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la politique de réglementation et de concurrence;
  - g) Promouvoir les échanges de renseignements entre Etats.

II. Confidentialité

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

2. Protéger l'anonymat des personnes qui communiquent des renseignements aux autorités chargées de l'application des lois relatives à la concurrence pour qu'elles ne fassent pas l'objet de mesures de rétorsion économiques.

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

#### PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 9

#### SANCTIONS ET REPARATION

##### I. Des sanctions sont prévues dans les cas ci-après :

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

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

- i) Amendes (proportionnelles à la volonté de dissimulation, à la gravité et à l'illégalité manifeste des infractions ou aux gains illicites tirés de l'activité incriminée);
- ii) Emprisonnement (en cas d'infraction grave supposant une violation flagrante et délibérée de la loi ou d'un décret d'application, par une personne physique);
- iii) Ordonnances ou injonctions provisoires;
- iv) Ordonnances - définitives ou applicables pour une durée déterminée - de ne pas faire ou de réparer une infraction en s'engageant à adopter une conduite positive, à présenter une information ou des excuses publiques, etc.
- v) Démantèlement (pour les fusions ou acquisitions réalisées) ou annulation (pour un certain nombre de fusions, acquisitions ou contrats restrictifs);
- vi) Restitution aux consommateurs;
- vii) Traitement de la constatation administrative ou judiciaire de l'illégalité comme un commencement de preuve de responsabilité dans toutes les actions en dommages-intérêts engagées par les personnes lésées.

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 10

RECOURS

1. Demande de réexamen par l'organe de tutelle de ses décisions compte tenu de l'évolution des circonstances.
2. Donner la possibilité à une entreprise ou un particulier de faire recours dans un délai de (...) jours auprès de l'(autorité judiciaire compétente) contre tout ou partie de la décision de l'organe de tutelle (ou) sur toute question juridique de fond.

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 11

ACTION EN DOMMAGES-INTERETS

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

B. AMENDEMENTS PROPOSES

7. Le texte qui est proposé ci-après tient compte des observations générales formulées par le porte-parole du Groupe B à la dixième session du Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives, selon lesquels :

- i) Les éléments de la version actuelle font intervenir, pour l'évaluation des pratiques commerciales restrictives, non seulement la notion d'atteinte à la concurrence, mais encore la notion d'effets préjudicables au développement économique. Il s'agit, en particulier, de l'article premier et de l'article 4 I ii). De l'avis du Groupe B, toute loi sur la concurrence devrait reposer avant tout sur le premier de ces deux critères.
- ii) Plusieurs dispositions de la loi type imposent de lourdes formalités aux entreprises en matière de notification et pour l'obtention d'autorisations ou de dérogations. C'est le cas, en particulier, de l'article 6.

8. En outre, les commentaires détaillés reçus du Royaume-Uni et des Etats-Unis sont aussi pris en considération dans le texte proposé ci-après.

ARTICLE PREMIER : "Objectifs ou buts de la loi"

9. Les observations reçues du Royaume-Uni soulignent que le projet de loi type figurant dans le document TD/B/RBP/81 porte sur l'abus de position dominante (dominance) et non sur l'abus de puissance commerciale (market power). Suivant la manière dont l'on définit la notion de position dominante, elle risque d'avoir un sens plus étroit que celle de puissance commerciale et donc de ne pas viser certains actes unilatéraux. Les objectifs énoncés à l'article premier sont, d'autre part, limités aux abus qui restreignent

la concurrence. Cela ne vise pas des abus comme la fixation de prix de monopole, qui n'est pas généralement considérée comme "anticoncurrentielle" puisqu'elle n'est pas préjudiciable à la concurrence ni aux concurrents potentiels. La mention qui est faite du développement économique à l'article premier prête manifestement à une large interprétation, mais peut-être est-elle inévitable dans ce contexte.

10. Les Etats-Unis, pour leur part, sont fermement opposés à la mention du développement économique à l'article premier parmi les objectifs ou buts de la loi. A leur avis, pour qu'une loi sur la concurrence fonctionne dans les meilleures conditions, elle doit être clairement centrée sur la protection de la concurrence et des consommateurs et elle risque de prêter à des abus lorsque d'autres buts sont ajoutés ou substitués à ceux-là. Un Etat peut, bien entendu, avoir un intérêt puissant et légitime à renforcer son développement économique mais il ne devrait pas autoriser des comportements anticoncurrentiels illicites par ailleurs ni interdire des comportements ne portant pas atteinte à la concurrence, sous prétexte d'appliquer la législation sur la concurrence.

11. On notera que la notion de "développement économique" figure dans l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives ("l'Ensemble") adopté par l'Assemblée générale en 1980 2/, dont la deuxième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble (la deuxième Conférence de révision) a réaffirmé l'importance par sa résolution intitulée "Renforcement de l'application de l'Ensemble" 3/.

12. Toutefois, l'Ensemble appelle les Etats "au niveau national ou par l'intermédiaire de groupements régionaux" à "adopter des dispositions législatives et des procédures d'application judiciaires et administratives appropriées, améliorer et mettre en oeuvre effectivement celles qui existent déjà, aux fins du contrôle des pratiques commerciales restrictives, y compris celles des sociétés transnationales". (Section E, par. 1 de l'Ensemble).

13. En outre, les Etats "devraient fonder leur législation essentiellement sur le principe consistant à supprimer ou à traiter efficacement les actes ou comportements d'entreprises qui, par l'abus ou l'acquisition et l'abus d'une position dominante de force sur le marché, limitent l'accès aux marchés ou restreignent indûment la concurrence de toute autre manière, portant ou risquant de porter préjudice à leur commerce ou à leur développement économique, ou qui, en raison d'accords ou d'arrangements officiels, non officiels, écrits ou non écrits, entre entreprises, ont les mêmes répercussions". (Section E, par. 2 de l'Ensemble).

14. Le paragraphe 2 de la Section E de l'Ensemble mentionne effectivement les "actes ou comportements" qui "restreignent indûment la concurrence de toute autre manière, portant ou risquant de porter préjudice à leur commerce ou à leur développement économique". Toutefois, l'accent est clairement placé sur le mot "concurrence". En outre, les Etats qui adoptent une législation sur le contrôle des pratiques commerciales restrictives sont seuls compétents, dans l'exercice de leur souveraineté, pour déterminer quels devraient être les objectifs de la loi. A ce jour, le secrétariat de la CNUCED n'a connaissance d'aucune loi nationale en matière de pratiques commerciales restrictives qui

considère les effets sur le développement comme un objectif fondamental ou un critère de légalité; en revanche, certaines lois mentionnent le progrès technique comme l'un des motifs justifiant l'octroi de dérogations. Par conséquent, à condition que le Groupe d'experts en soit d'accord, les mots "ou au développement économique" pourraient être supprimés dans les deux dernières lignes des "projets d'éléments pour l'article premier". Le texte révisé serait alors ainsi conçu :

#### OBJECTIFS OU BUTS DE LA LOI

Contrôler ou éliminer les accords ou arrangements restrictifs entre entreprises, ou l'acquisition et/ou l'abus d'une position dominante sur le marché, qui limitent l'accès aux marchés ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant des effets préjudiciables au commerce sur le plan national ou international.

ARTICLE 2 : "Définitions et champ d'application"

#### I. Définitions

##### a) Entreprises

15. D'après les observations reçues des Etats-Unis, la définition de ce terme est généralement satisfaisante, "mais on pourrait l'améliorer en y introduisant la notion de contrôle effectif (working control)". Il est suggéré que cette notion soit développée au cours de la onzième session; la définition reste jusqu'à présent inchangée.

##### b) Position dominante sur le marché

16. Dans les observations qu'il a communiquées, le Royaume-Uni indique que cette définition "vise plus large que l'article 86 du Traité de Rome (du moins de l'avis du Royaume-Uni), car elle englobe une position détenue par plusieurs entreprises agissant ensemble qui ne forment pas nécessairement une société ou une entité économique unie par des liens structurels de quelque sorte que ce soit. D'après la définition, une entreprise a une position dominante quand elle est en mesure de dominer le marché considéré. C'est peut-être là un critère plus élevé que celui du Traité instituant la Communauté économique européenne, où la notion de position dominante a été liée à la capacité d'agir indépendamment du marché. Le problème est que la définition proposée à l'alinéa b) est exactement celle qui a été adoptée au paragraphe 2 de la Section B de l'Ensemble, qu'il faudrait modifier pour pouvoir proposer un amendement aux projets d'éléments pour l'article 2 de la loi type.

17. Là encore, il ne faut pas oublier que l'adoption d'une législation nationale relève de la souveraineté nationale et par conséquent diverses possibilités pourraient être proposées, au lieu d'une définition unique. Le texte pourrait rappeler la définition adoptée dans l'Ensemble et ajouter d'autres définitions qui pourraient être jugées plus appropriées, comme par exemple la version ci-après qui essaie de tenir compte des vues divergentes exprimées :

- b) L'expression "position dominante sur le marché" désigne une situation où une entreprise, agissant seule, ou un groupe d'entreprises, agissant ensemble, est en mesure de dominer le marché d'un bien ou service ou d'un groupe de biens ou services particuliers.

18. Si cette définition pose des difficultés à certains participants, diverses variantes pourraient peut-être être proposées dans la loi type ou les lois types.

- c) Marché considéré [La définition de cette expression reste inchangée]

## II. Champ d'application

Paragraphe a) [inchangé]

Paragraphe b) [inchangé]

Paragraphe c)

19. Dans les observations reçues du Royaume-Uni, il est indiqué que cette section "institue en faveur des actes suivis par l'Etat une dérogation qui ne se trouve pas dans la réglementation de la Communauté économique européenne en matière de concurrence ni, d'une manière générale, dans la législation du Royaume-Uni".

20. Les dispositions de l'Ensemble s'appliquent sans équivoque "à toutes les entreprises, quelles que soient les parties intervenant dans les transactions, les actes ou les comportements", ce qui englobe les entreprises d'Etat comme il ressort de la définition du terme "entreprises" figurant au paragraphe 3 de la Section B de l'Ensemble. Toutefois, l'Ensemble ne s'applique pas "aux accords intergouvernementaux ni aux pratiques commerciales restrictives résultant directement de ces accords". (Section B, par. 9 de l'Ensemble).

21. De la même manière, le projet de loi type englobe les entreprises d'Etat. Cela ressort clairement de la définition donnée du terme "entreprises". Mais, la dérogation prévue au paragraphe 9 de la Section B de l'Ensemble ne concerne que les "accords intergouvernementaux" et les "pratiques commerciales restrictives résultant directement de ces accords". Dans ses observations, le Royaume-Uni appelle à juste titre l'attention sur le fait que la dérogation proposée en l'espèce dans le projet de loi type est plus large et n'existe pas dans un certain nombre de législations nationales.

22. Le Groupe intergouvernemental voudra peut-être réfléchir de nouveau à cette question.

23. Une autre dérogation pourrait être proposée dans cette section, afin de tenir compte de dispositions généralement contenues dans de nombreuses lois, en particulier à l'égard des syndicats. Le texte pourrait en être ainsi conçu :

- d) Elle ne s'applique pas aux actes fondamentaux de coopération nécessaires au fonctionnement des coopératives d'exploitants agricoles ou de pêcheurs, des syndicats et des marchés organisés pour le négoce des valeurs ou des produits de base.



ARTICLES 3 ET 4 : Accords ou arrangements restrictifs

24. Dans les observations qu'il a communiquées, le Royaume-Uni indique qu'il préfère "interdire les accords anticoncurrentiels en termes généraux (comme à l'article 85 du Traité instituant la Communauté économique européenne) avec ou sans liste indicative de pratiques interdites. On risque d'interdire à la fois trop ou trop peu en n'interdisant qu'une liste spécifique de pratiques, comme il est proposé à l'article 3-I (certains accords relevant de la liste ne seront pas anticoncurrentiels; d'autres qui le sont ne seront pas visés). Les dispositions de l'article 3.II (autorisation) sont peut-être trop rigoureuses. Certaines des pratiques visées au paragraphe I peuvent avoir des effets bénéfiques même lorsqu'elles sont le fait d'entreprises qui ne sont pas exposées à une concurrence effective".

25. Les observations reçues des Etats-Unis indiquent que "les articles 3 et 4 semblent aborder le problème du classement en catégories des comportements anticoncurrentiels en interdisant un vaste éventail de pratiques commerciales, à moins qu'elles ne soient autorisées par l'organe de tutelle. Cette méthode pose au moins deux problèmes graves. Premièrement, l'interdiction pure et simple frappe un éventail de pratiques beaucoup trop vaste, qui englobe non seulement des comportements manifestement anticoncurrentiels comme la fixation des prix, les soumissions collusoires et la répartition des marchés, mais aussi des 'restrictions de la production ou des ventes' mal définies et la fixation discriminatoire des prix à l'intérieur d'une entreprise, qui ne devrait être interdite que dans les limites du raisonnable".

26. "Deuxièmement, comme le Groupe B l'a suggéré à la dixième session, les dispositions des articles 3 et 4 relatives à la notification, comme condition de l'autorisation par les autorités responsables d'un accord qui 'dans son ensemble servira l'intérêt public' ou d'actes et de pratiques 'qui ne sont pas strictement interdits par la loi', sont trop contraignantes et représentent une bonne manière de gaspiller les ressources limitées de l'organe chargé de l'application des lois sur la concurrence".

27. "Si une pratique commerciale n'est pas en soi illégale, il devrait alors appartenir à l'organe de tutelle de prouver qu'il y a raisonnablement lieu de l'interdire au vu des faits dans chaque cas d'espèce."

28. "Dans les articles 3 et 4, il n'est pas non plus suffisamment porté attention à l'application de leurs dispositions aux activités intra-entreprise. La définition de 'l'entreprise' énoncée à l'article premier est d'une manière générale satisfaisante, encore qu'on puisse l'améliorer en y introduisant la notion de contrôle effectif. Mais cette définition n'est pas appliquée dans l'article 3, où l'on utilise une expression qui n'est pas définie, 'entreprises qui sont concurrentes ou qui peuvent le devenir'; cet énoncé risque d'aboutir à ce résultat regrettable qu'une entreprise pourrait être réputée avoir conclu un accord de fixation des prix avec une filiale entièrement contrôlée mais pouvant devenir sa concurrente."

De l'avis des Etats-Unis, l'interdiction prévue à l'article 3 devrait donc s'appliquer uniquement aux accords entre des "entreprises" ou à l'intérieur d'entreprises, au sens défini à l'article premier.

29. Un nouveau projet de texte pour l'article 3 tenant compte de ces considérations est proposé ci-après.

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 3

ACCORDS OU ARRANGEMENTS RESTRICTIFS

I. Interdiction de tous les accords qui restreignent indûment la concurrence, y compris, par exemple 4/, les accords ci-après entre des entreprises qui sont concurrentes ou qui peuvent le devenir 5/ :

- 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 de la production ou des ventes, notamment au moyen de contingents;
- e) Refus de ventes concerté;
- f) Refus d'approvisionnement concerté;
- g) Refus collectif injustifié d'admission à la qualité de partie à un arrangement, ou de membre d'une association, d'une importance décisive pour la concurrence, quand ces pratiques ne sont pas associées à des activités communes ne portant pas atteinte au jeu de la concurrence et risquent de restreindre indûment la concurrence, de limiter l'accès aux marchés, et d'avoir ainsi des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique, que ces accords soient écrits ou oraux, officiels ou non officiels.

II. Autorisation

Les pratiques relevant du paragraphe I, quand elles sont dûment notifiées à l'avance et ne sont pas dissimulées aux parties affectées, et en particulier quand elles sont le fait d'entreprises exposées à une concurrence effective, peuvent être autorisées lorsque les personnes ou les tribunaux responsables de l'application des lois relatives à la concurrence établissent que l'accord dans son ensemble sera compatible avec les objectifs de la loi. Certaines pratiques, toutefois, peuvent être désignées comme tellement dénuées de toute justification possible qu'elles ne sont normalement pas susceptibles d'être autorisées.

30. En ce qui concerne l'article 4, le Royaume-Uni, dans ses observations, s'interroge sur le sens de l'expression "l'acquisition et l'abus d'une position dominante". "Entend-on par là l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante ? Dans l'affirmative, entend-on interdire par principe l'acquisition d'une position dominante ? Sinon, peut-être pourrait-on adopter une disposition analogue à l'article 2, paragraphe 2, du Règlement du Conseil des Communautés européennes relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises".

"Comme l'intention n'est pas claire, il est difficile de formuler des observations sur les dispositions connexes de l'alinéa f) du paragraphe II, mais on peut présumer qu'elles devraient aussi viser le renforcement d'une position dominante existante. D'autre part, une fusion ou une coentreprise peut renforcer (ou créer) une position dominante sans gain de part de marché et il serait donc peut-être sage de supprimer au paragraphe f) ii) toute mention de la part de marché et d'ajouter une disposition visant à prendre en considération l'effet de l'acquisition (qui pourrait être énoncée comme suit : 'L'acquisition du contrôle crée ou renforce une position dominante qui aurait pour effet d'entraver sensiblement la concurrence.')."

31. Dans ses observations, le Royaume-Uni note également que l'article 4-III prévoit une procédure d'autorisation, qui "n'a pas d'équivalent à l'article 86 du Traité instituant la Communauté économique européenne, bien que, en pratique, la Commission pèse les 'pour' et les 'contre' avant de statuer si tel ou tel comportement constitue un abus. Il n'apparaît pas clairement quels actes, pratiques ou transactions 'ne sont pas strictement interdits par la loi.'".

32. Les Etats-Unis, dans leurs observations, se réfèrent aussi à l'article 4.II b) dans la perspective de l'objectif de "développement économique" susmentionné, "qui condamnerait la tarification de cession interne comme abus de position dominante". Cette pratique "peut soulever des questions de principe (par exemple, sur le plan de la politique fiscale), mais elle ne relève pas de la politique de concurrence. De même, l'article 4.II e) interdirait certains types de conduite 'quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes'. Cette règle permettrait, dans la pratique, toutes sortes de comportement anticoncurrentiel en subordonnant les considérations de concurrence à 'la qualité', 'la sécurité', ou d'autres objectifs commerciaux non désignés. Il peut y avoir lieu d'autoriser ce genre de comportement, mais cela ne relève pas de la loi sur la concurrence, et ce en partie parce que les responsables de son application risquent de ne pas être très au courant des intérêts de société qui peuvent être jugés comme devoir prendre le pas sur des considérations de concurrence".

33. En ce qui concerne les activités intra-entreprise, "l'article 4.II d) envisage clairement qu'une entreprise peut être réputée coupable d'imposer des prix et des conditions discriminatoires à ses propres filiales, ce qui serait un résultat étrange du point de vue de la politique de concurrence". Les Etats-Unis suggèrent donc, dans leurs observations, que les interdictions énoncées à l'article 4.II ne s'appliquent qu'aux actes ou comportements entre les entreprises ou à l'intérieur des "entreprises", au sens défini à l'article premier.

34. Les Etats-Unis font également observer que "l'article 4.II f) semble être la disposition du projet de loi type qui traite du contrôle des concentrations. En tant que telle, elle paraît reposer de manière excessive sur la notion 'd'abus de position dominante'. Il n'y a pas de raison, semble-t-il, de ne pas prévoir un article distinct sur le contrôle des opérations de concentration, qui viserait plus précisément à ce que ces opérations ne conduisent pas à créer ou à renforcer une position de force sur le marché, ni à en faciliter l'exercice".

35. On trouvera donc ci-après un texte révisé de l'article 4, qui tient compte de la question de la tarification de cession interne, traitée à l'alinéa 4 (II) b) du projet de loi type. Bien qu'elle soit visée dans la section D.4 de l'Ensemble, cette pratique n'est pas normalement régie par les lois sur la concurrence, et elle crée rarement des problèmes de monopole ou d'entente. Le sujet a été abordé dans quelques affaires de discrimination ou d'abus, mais il relève généralement de la loi fiscale ou d'autres textes sur le contrôle des investissements.

36. La question pourrait être tranchée à la onzième session du Groupe intergouvernemental d'experts. L'alinéa b) du paragraphe I proposé pourrait être supprimé, ou laissé entre crochets accompagné d'une note expliquant que la loi type est parfaitement utilisable sans une telle disposition.

37. On trouvera donc ci-après le texte proposé de l'article 4 :

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 4

ACTES OU COMPORTEMENTS CONSTITUANT, OU RISQUANT DE CONSTITUER, L'ABUS D'UNE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHÉ

I. Interdiction des actes ou comportements entraînant l'abus ou l'acquisition et l'abus d'une position dominante sur le marché, lorsqu'une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service, ou d'un groupe de biens ou services particuliers et que cette entreprise cherche à limiter l'accès au marché considéré ou à restreindre indûment la concurrence d'une autre manière par des actes abusifs ou un comportement concerté, tels que les suivants :

- a) Comportement prédateur à l'égard des concurrents, comme pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents;
- b) [Fixation de prix ou de modalités ou conditions discriminatoires (c'est-à-dire différenciés de façon injustifiable) pour la fourniture ou l'achat de biens ou de services;]
- c) Fixation des prix auxquels des marchandises peuvent être revendues;
- d) Quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la qualité, la sécurité, une distribution ou un service satisfaisant :
  - i) Refus partiel ou complet de traiter aux conditions commerciales habituelles de l'entreprise;
  - ii) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'acceptation de restrictions concernant la distribution ou la fabrication de biens concurrents ou autres;
  - iii) Imposer des restrictions à la revente ou à l'exportation des biens fournis ou d'autres biens quant au lieu ou à la personne destinataire, ou quant à la forme ou au volume de ces biens;

- iv) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'achat d'autres biens ou services auprès du fournisseur ou de la personne désignée par lui.
- e) Fusions, prises de contrôle, coentreprises ou autres modes d'acquisition du contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, lorsque l'une au moins des entreprises est établie dans le pays, et que la part de marché résultant dans le pays, ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, créera une position dominante ou renforcera d'une manière qui entrave la concurrence une position dominante existante.

### III. Autorisation

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

#### ARTICLE 5 : Contrôle des opérations de concentration

38. Compte tenu des observations reçues, un nouvel article 5 relatif au contrôle des opérations de concentration est proposé. L'ancien article 5, relatif à la protection des consommateurs, pourrait être supprimé, étant donné que dans la plupart des pays cette matière fait l'objet d'une législation distincte. On trouvera donc ci-après le texte d'un projet révisé d'article 5.

#### PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 5

##### QUELQUES ASPECTS POSSIBLES DU CONTROLE DES OPERATIONS DE CONCENTRATION

#### I. Notification par l'acquéreur ou par les parties à une fusion

- A. Une partie qui obtient par acquisition ou par fusion le contrôle d'une partie substantielle d'une entreprise importante opérant sur le territoire de la juridiction concernée pourrait être obligée, ou incitée, à notifier l'acquisition ou la fusion à l'organe de tutelle.
- B. Des critères relatifs à l'ampleur de la transaction, comme le prix payé ou l'importance relative, en pourcentage, du contrôle obtenu, pourraient être appliqués afin d'éviter que des opérations n'ayant pas d'effet important sur la concurrence ne soient soumises à examen.
- C. Les dispositions appliquées en matière de notification pourraient exiger une description des produits, services, marchés et recettes des entreprises en cause, et la communication des documents de base relatifs à l'opération.

## II. Règles de fond

- A. Les acquisitions ou fusions seraient susceptibles d'être empêchées ou annulées dans tous les cas où elles sont de nature à réduire sensiblement la concurrence dans un secteur commercial ou sur un marché important sur le territoire de la juridiction concernée.
- B. Une opération d'acquisition ou de fusion pourrait être acceptée lorsque les parties établissent que l'acquéreur est l'acheteur le moins anticoncurrentiel d'une entreprise en déconfiture sans espoir de redressement.

## III. Mesures intérimaires, enquête et décision finale

- A. L'organe de tutelle pourrait être habilité à suspendre une opération de fusion ou d'acquisition pour une brève période (par exemple de 30 jours) en attendant qu'il décide s'il y a lieu de mener une enquête détaillée, et pour une période un peu plus longue (par exemple, 90 jours) jusqu'à réception de tous les renseignements pertinents pour l'évaluation des effets anticoncurrentiels probables de l'opération.
- B. L'organe de tutelle pourrait être habilité à exiger des documents et des témoignages des parties et des entreprises du secteur commercial affecté, les parties perdant davantage de temps si elles tardent à répondre.
- C. Lorsque l'opération est jugée anticoncurrentielle conformément aux critères définis par la loi et qu'après avoir entendu toutes les parties le tribunal saisi se prononce contre la réalisation de l'opération, une interdiction permanente pourrait être ordonnée, ou, si l'opération a déjà été réalisée, la cession d'actifs suffisants pour remédier à l'atteinte portée à la concurrence.

## ARTICLE 6 : "Notification"

39. Comme nous l'avons déjà noté plus haut, les observations générales du Groupe B ainsi que les observations détaillées des Etats-Unis aboutissent à la conclusion que les dispositions relatives à la notification et à l'enregistrement sont trop lourdes à mettre en oeuvre pour les entreprises et pour l'organe de tutelle.

40. De fait, beaucoup de pays sont très peu exigeants en matière de notification. Beaucoup d'autres l'encouragent mais ne l'exigent pas. De nombreuses législations prévoient des dérogations pour les opérations d'ampleur trop limitée ou de caractère trop périphérique. C'est pourquoi, dans le texte révisé proposé ci-après, la notification est simplement encouragée (sauf dans le cas d'opérations de caractère crucial comme les fusions importantes). Il est aussi proposé d'appliquer des critères de dimension, ou de pertinence, pour apprécier si une opération est sujette à notification ou peut en être exemptée.

41. Le nouveau texte proposé est ainsi conçu :

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 6

NOTIFICATION

I. Notification par les entreprises

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

2. La dimension de la partie en cause, l'ampleur de l'opération ou la part de marché pourraient servir de critère pour définir les opérations trop peu importantes pour être assujetties à notification.

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

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

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

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

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

II. Décision de l'organe de tutelle

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

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

3. On pourrait prévoir la possibilité de retirer une autorisation, par exemple si l'organe de tutelle constate que :

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

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

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

#### ARTICLES 7 et 8 : Organe de tutelle

42. Dans ses observations, le Royaume-Uni déclare que "l'article 7 décrit une structure administrative assez différente de celle qui existe au Royaume-Uni ou dans la Communauté économique européenne. S'il est bien entendu que tous les Etats Membres de l'ONU ne sont pas censés se conformer à ces dispositions, alors les différences importent peu. La même observation s'applique à l'article 8 (fonctions et pouvoirs) et à l'article 10 (recours)". "Ne conviendrait-il pas, d'autre part, que, parmi les pouvoirs conférés à l'organe de tutelle à l'article 8 figure celui d'exiger la communication de renseignements ou de documents lors de la conduite d'une enquête ?"

43. Le texte de l'article 8 a été élargi de façon à énoncer plus clairement le pouvoir conféré à l'organe de tutelle d'obtenir des parties et d'autres entreprises des témoignages et des preuves littérales.

44. On trouvera ci-après le nouveau texte des articles 7 et 8.

#### PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 7

##### L'ORGANE DE TUTELLE ET SON ORGANISATION

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



PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 8

FONCTIONS ET POUVOIRS DE L'ORGANE DE TUTELLE

I. Les fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle pourraient être les suivants :

- a) Procéder à des enquêtes, en réponse à des plaintes ou de sa propre initiative, avec tout pouvoir pour solliciter des témoignages et obtenir des preuves littérales pertinentes aux fins d'une enquête prévue par la loi;
- b) Prendre les décisions nécessaires, notamment imposer des sanctions ou en recommander à un ministre responsable;
- c) Faire des études, publier des rapports et informer le public;
- d) Délivrer des formulaires et tenir un registre des notifications;
- e) Etablir des réglementations et les promulguer;
- f) Aider à l'établissement d'une législation nouvelle ou à la modification ou révision de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la politique de réglementation et de concurrence;
- g) Promouvoir les échanges de renseignements entre Etats.

II. Confidentialité

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

Protéger l'anonymat des personnes qui communiquent des renseignements pour qu'elles ne fassent pas l'objet de mesures de rétorsion économiques.

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

ARTICLE 9 : Sanctions et réparation

[Cet article reste inchangé.]

ARTICLE 10 : Recours

[Cet article reste inchangé.]

ARTICLE 11 : Dommages-intérêts

45. Un nouveau texte est proposé ci-après pour cet article.

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 11

ACTION EN DOMMAGES-INTERETS

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

Pour faciliter les actions en dommages-intérêts intentées par les victimes de pratiques commerciales restrictives, il pourrait être prévu qu'une déclaration d'illégalité prononcée par l'organe de tutelle ou par des tribunaux (ou des aveux de culpabilité acceptés par eux) constitue un commencement de preuve d'infraction dans toute action en dommages-intérêts.

DEUXIEME PARTIE

COMMENTAIRE DES ARTICLES

46. Les commentaires reproduits ci-après sont ceux qui figurent dans le document TD/B/RBP/81 et restent inchangés. Sur la base de la décision que le Groupe intergouvernemental d'experts prendra au sujet des projets d'éléments pour les articles contenus dans la première partie du présent document, et compte tenu des observations qui auront été formulées pendant la onzième session, une version révisée de cette deuxième partie sera établie pour la douzième session du Groupe.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE PREMIER

OBJECTIFS OU BUTS DE LA LOI

47. Cet article a été rédigé conformément au paragraphe 2 de la section E de l'Ensemble de principes et de règles qui définit le principe essentiel sur lequel les Etats devraient fonder leur législation en matière de pratiques commerciales restrictives. Comme dans la section A de l'Ensemble, les Etats voudront peut-être énoncer d'autres objectifs spécifiques de la loi, compte tenu des effets des pratiques commerciales restrictives sur leur commerce et leur développement.

48. Il est question dans le nouveau texte de "contrôler", ce qui correspond au titre de l'Ensemble de principes et de règles, les accords restrictifs et les abus de position dominante sur le marché, qui sont les pratiques visées aux sections C et D de l'Ensemble. Le texte de 1984 laisse entendre que toutes les pratiques commerciales restrictives doivent entraîner un abus de position dominante, mais l'Ensemble indique clairement que les pratiques de la fixation des prix, etc., sont illégales, qu'il y ait ou non abus ou exercice d'une position dominante.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 2

DEFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

49. Une nouvelle définition a été ajoutée, celle de l'expression "marché considéré". Elle a été conçue à partir de celle qui est utilisée dans les directives relatives aux fusions applicables aux Etats-Unis, mais elle est en général acceptée par la majorité des économistes spécialistes des mesures antitrust dans la plupart des pays. [Pour un exposé détaillé de cette notion voir "Eléments pour les dispositions d'une loi type sur les pratiques commerciales restrictives", TD/B/RBP/15/Rev.1, p. 26, par. 58.]

50. La section relative au champ d'application a été étoffée pour préciser que la loi s'applique aux personnes physiques, mais pas aux fonctionnaires agissant pour le compte d'un gouvernement. Toutefois, une personne physique n'est pas une "entreprise" sauf si elle est constituée en société. La loi type pourrait donner à penser qu'un accord entre une société et son propre directeur général est un accord entre deux "entreprises" et qu'il y a alors collusion. Il ressort des analyses juridiques effectuées un peu partout que cela ne devrait pas être le cas.

51. Presque tous les instruments internationaux relatifs aux pratiques commerciales restrictives comme le Code antitrust de l'AELE, le Code antitrust du Bassin des Caraïbes et le Traité instituant les Communautés européennes (art. 85 et 86), concernent uniquement les entreprises, mais la plupart des législations nationales en matière de pratiques commerciales restrictives visent les personnes physiques aussi bien que les entreprises, car les mesures de dissuasion et de réparation peuvent être appliquées de manière plus efficace au niveau national si les propriétaires ou les cadres des entreprises peuvent être tenus personnellement responsables des infractions qu'ils commettent ou autorisent.

52. En outre, cette définition indique clairement que tout accord ou acte d'une entreprise (sauf un accord passé avec l'Etat) peut être examiné pour déterminer s'il contient une restriction inacceptable ou constitue un abus de position dominante.

53. Le champ d'application a aussi été précisé pour exclure les actes souverains des administrations locales auxquelles le pouvoir de réglementer a été délégué, et pour protéger les actes des particuliers quand leur conduite est dictée ou supervisée par les pouvoirs publics.

54. La référence à la propriété intellectuelle est compatible avec presque toutes les lois antitrust qui considèrent les licences d'exploitation de technologie comme des "accords" et les soumettent, comme tout autre accord, à un examen pour détecter des restrictions ou des abus, à ceci près que l'exclusivité juridique accordée par l'Etat aux inventeurs peut justifier des restrictions qui ne seraient pas acceptables dans d'autres circonstances.

#### COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 3

##### ACCORDS OU ARRANGEMENTS RESTRICTIFS

55. Cet article a été modifié pour préciser les cas où le refus d'admission à une coentreprise devrait être interdit.

56. Un certain nombre de juridictions ont établi que les entreprises sous contrôle commun ou propriété commune ne sont pas concurrentes ou susceptibles de l'être (voir par exemple Centrafarm B.V. c. Sterling Drug, 1974 ECR 1147 (EC); Copperweld Corp. c. Independence Tube Corp., 104 S. Ct 2731 (1984)).

57. L'expression "intérêt public" renvoie sous une forme abrégée à la règle contenue, par exemple, à l'article 85 (3) du Traité instituant les Communautés européennes.

##### I. Interdiction des accords ou arrangements restrictifs

58. Les éléments de cet article sont fondés sur le paragraphe 3 de la section D de l'Ensemble de principes et de règles, lequel énonce une interdiction de principe. C'est un mode d'approches qui est repris ou qui semble se dessiner dans les textes législatifs concernant les pratiques commerciales restrictives décrits ci-après.

59. L'attitude observée récemment à l'égard des ententes secrètes, pures et simples a été la dissuasion par l'imposition de très fortes amendes aux sociétés et, aux Etats-Unis, de lourdes peines de prison aux particuliers responsables. Dans la Communauté économique européenne, les membres d'un cartel dans le secteur des matières plastiques (PVC) ont été condamnés à une amende de plus de 30 millions d'Ecus (32 millions de dollars) au titre d'un règlement autorisant la Commission des Communautés à infliger des amendes allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel des entreprises incriminées (Hoechst AV c. Commission, Affaire 46/87R 1987 E. Comm. J. Rep. 1549 (1988)). Aux Etats-Unis, une loi promulguée en 1990 a porté de 1 à 10 millions de dollars le plafond des amendes infligées aux sociétés en cas de violation de la législation antitrust (H.R. 29, Antitrust Amendment Act de 1990). Au Japon, une législation a été adoptée pour autoriser l'imposition d'amendes représentant jusqu'à 6 % de la valeur totale des échanges visés au cours d'une période de trois ans. Le record mondial a été battu en 1991 par la Commission des pratiques commerciales loyales du Japon qui a infligé une amende de 80 millions de dollars à un cartel dans le secteur du ciment (60 BNA ATRR 459).

60. Au Royaume-Uni, le gouvernement a entrepris en 1986 de revoir la politique de la concurrence et a publié un "livre vert" (green paper) intitulé "Examen de la politique en matière de pratiques commerciales restrictives" (Review of Restrictive Trade Practices policy) dans lequel il propose une révision complète de la législation en matière de pratiques commerciales restrictives, vieille de plus de 30 ans 6/. Il recommande l'adoption d'une nouvelle loi inspirée du paragraphe 1 de l'article 85 du Traité de Rome, qui interdirait "tous les accords et toutes les pratiques concertées entre entreprises, ainsi que toutes les décisions et recommandations d'associations d'entreprises, qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur une partie quelconque du territoire du Royaume-Uni". Seraient ensuite énumérés les principaux accords et pratiques concertées anticoncurrentiels tombant sous le coup de la loi, à savoir :

- i) Les ententes sur les prix, tarifs ou commissions ainsi que sur certaines conditions (rabais, conditions de crédit, etc.) qui déterminent les prix effectifs nets (les recommandations faites par des associations commerciales, professionnelles et autres en ce qui concerne les prix ou les tarifs sont également visées si elles ont pour effet de déterminer des prix minimaux ou les prix effectifs);
- ii) Les soumissions collusoires;
- iii) Les accords de partage ou de répartition du marché, de la clientèle, des matières premières ou autres facteurs, de la production ou de la capacité;
- iv) Les pratiques ayant pour effet d'interdire ou de limiter la publicité ou la communication d'autres renseignements d'ordre promotionnel;

- v) Le refus concerté de vendre ou de traiter avec des fournisseurs, la discrimination collective quant aux conditions d'approvisionnement de différents clients ou catégories de clients, et la fixation concertée de conditions d'approvisionnement anticoncurrentielles (accords de ventes ou d'achats liés, remises totalisées ou rabais de fidélité, clauses de "non-concurrence", etc.).

61. En Inde, les recommandations de la Commission Sachar ont abouti à la révision, en 1984, de la loi de 1982 sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives. En vertu de l'article 32, les pratiques commerciales monopolistiques sont présumées contraires à l'intérêt public et sont donc interdites, sous réserve des exceptions mentionnées dans la loi.

- a) Accords ou arrangements entre entreprises qui ont des relations commerciales réciproques dans le cadre d'une entité économique où elles sont soumises à un contrôle commun

62. Aux Etats-Unis, la règle résultant de la décision prise dans l'affaire Copperweld, selon laquelle des entreprises sous contrôle commun ne peuvent pas être considérées comme concurrentes ou comme des agents séparés, a été étendue par des décisions ultérieures aux sociétés dont le capital est détenu en majorité par une autre entreprise (voir Satellite Fin. Planning Corp. v. First National Bank, 633 F. Supp. 386 (D.Del.1986), ainsi que Sonitrol of Fresno v. AT&T, 1986-1 Trade Cas. (CCII) par. 67 080 (un contrôle à 32,6 % n'est pas considéré comme une preuve de l'absence de concurrence)).

- b) Les entreprises doivent avoir des activités qui sont concurrentes ou peuvent le devenir
- c) Accords ou arrangements officiels, non officiels, écrits ou non écrits
- d) Pratiques qui limitent l'accès aux marchés ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, portant ou risquant de porter préjudice au commerce ou au développement économique

## II. Liste indicative de pratiques

- a) Accords fixant les prix, y compris les prix à l'exportation et à l'importation

63. Dans la République de Corée, suite à la décision prise par les Etats-Unis de limiter les importations de récepteurs de télévision en couleur en provenance de ce pays, les sociétés Samsung, Gold Star et Dae Woo ont cassé les prix sur le plan local pour augmenter les ventes, mais ont ensuite renoncé d'un commun accord à cette pratique. L'Office des pratiques commerciales loyales a ordonné de mettre un terme à la fixation collusoire des prix et a demandé aux sociétés de présenter des excuses dans la presse locale, ce qu'elles ont fait (voir Samsung Electronics Company, 4 KFTC 58 (26 décembre 1984)).

b) Soumissions collusoires

64. Au Kenya, en vertu de la loi de 1988 sur les pratiques commerciales restrictives, les monopoles et le contrôle des prix, deux personnes ou davantage qui soumissionnent pour l'approvisionnement ou l'achat de biens ou de services à un prix ou à des conditions fixés ou convenus entre elles commettent une infraction pénale et sont passibles d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à trois ans, sauf s'il s'agit de soumissions en association dont les adjudicateurs ont été informés et qu'ils jugent acceptables.

65. En Suède, la loi de 1983 sur la concurrence fait des soumissions collusoires une infraction pénale. Des exemptions peuvent toutefois être accordées à certaines conditions.

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

66. En juin 1991, une cour d'appel des Etats-Unis a jugé que des compagnies londoniennes de réassurance pouvaient être poursuivies pour boycott illégal lorsqu'elles ont décidé de ne pas traiter avec les compagnies d'assurance des Etats-Unis qui offraient de couvrir des accidents qui n'avaient pas été découverts et pour lesquels il n'y avait pas eu de demande d'indemnité pendant la période de validité de la police, et ont ainsi obligé toutes les compagnies d'assurance des Etats-Unis à adopter des polices uniformes "sur sinistre déclaré" (voir Insurance Antitrust Litigation, Dkt. 89-16530, repris dans 60 BND ATRR 909 (6/27/91)).

f) Refus concerté d'approvisionner des acheteurs 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

67. Cette règle a été précisée aux Etats-Unis par des jugements établissant qu'un groupement d'achat représentant moins de 30 % du marché peut exclure des entreprises à son gré (Northwest Wholesale Stationers c. Stationery & Printing Co. 472 U.S. 284 (1985) et que des préoccupations professionnelles valables peuvent justifier l'exclusion de particuliers d'associations professionnelles (Wilk c. American Medical Assoc., 1987 - 2 CCH Trade Cas. par. 67 721 (N.D.Ill.1987)).

III. Autorisation des pratiques qui ne sont pas purement et simplement interdites

68. En Inde, aux termes de l'article 32 de la loi révisée sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives, les pratiques commerciales monopolistiques sont présumées préjudiciables à l'intérêt public et sont par conséquent interdites, sauf dans les cas suivants : elles sont autorisées par la loi, elles ont pour objet de garantir la défense et la sécurité

ou d'assurer l'approvisionnement de la population en biens et services essentiels, ou encore elles découlent d'accords conclus par l'Etat.

69. Au Royaume-Uni, il est proposé dans le Livre vert intitulé "Examen de la politique en matière de pratiques commerciales restrictives" de supprimer le système d'enregistrement, car il serait illégal pour une entreprise d'appliquer des accords de nature à limiter, fausser ou empêcher la concurrence. Des exceptions seraient toutefois possibles, au cas par cas ou par catégorie. Les critères d'exemption proposés vont dans le sens du paragraphe 3 de l'article 85 du Traité de Rome. Une exemption serait accordée si la pratique en question :

- i) Contribue à améliorer la production ou la distribution de biens, ou favorise le progrès technique ou économique;
- ii) Réserve aux consommateurs une part équitable du profit qui en résulte;
- iii) N'impose pas de restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;
- iv) Ne permet pas d'éliminer la concurrence.

70. Parmi les pratiques qui pourraient faire l'objet d'une exemption par catégorie figurent les accords de distribution et d'achat exclusifs, les accords sur l'exploitation de brevets et de technologies, les accords relatifs à la propriété intellectuelle, les accords de recherche-développement et les contrats de concession.

#### COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 4

##### ACTES OU COMPORTEMENTS CONSTITUANT L'ABUS OU L'ACQUISITION ET L'ABUS D'UNE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHÉ

71. L'article 4 II) f) a été modifié de manière à énoncer la règle habituelle en ce qui concerne les problèmes que pose une fusion ou une acquisition au regard de la législation antitrust.

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

##### 1. Le marché considéré

- a) Marché de produits (y compris les services)
- b) Marché géographique



2. Une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou d'un groupe de biens ou services particuliers, c'est-à-dire occupe une position dominante sur le marché

a) Position dominante sur le marché

72. En Pologne, selon la loi du 24 février 1990 sur l'élimination des pratiques monopolistiques, une entreprise assurant plus de 30 % des ventes sur un marché est présumée occuper une position dominante. Il en est de même en Tchécoslovaquie en vertu de l'article 9 de la Loi de 1991 sur la protection de la concurrence.

b) Abus, ou acquisition et abus, d'une position dominante

73. En Allemagne, l'Office fédéral des ententes a jugé, en 1989, que les sociétés d'approvisionnement en gaz abusaient de leur position dominante sur le marché lorsqu'elles répercutaient immédiatement et intégralement sur les distributeurs une majoration de la taxe sur le prix du gaz naturel (Huitième Rapport biennal de la Commission des monopoles. 127, p. 443 (1989)).

74. Aux Etats-Unis, le Département de la justice et la Commission fédérale du commerce observent une attitude prudente à l'égard du comportement individuel des entreprises et des transformations de structure dans différents secteurs, n'intervenant que dans les cas où des fusions, la constitution de coentreprises, la conclusion d'accords de distribution ou d'accords de licence ou autres pratiques risquent d'avoir des effets anticoncurrentiels indéniables et importants. En Australie, les principales modifications apportées en 1986 à la loi sur les pratiques commerciales visent à renforcer les dispositions concernant l'exploitation abusive de la puissance commerciale (art. 46) et à préciser l'application des dispositions relatives aux fusions (art. 50). L'ancien article 46 s'était révélé peu efficace pour lutter contre l'exploitation abusive de la puissance commerciale, surtout parce qu'il ne s'appliquait qu'aux monopoleurs et aux entreprises occupant une position dominante sur le marché. Et même dans ces cas, il était extrêmement difficile d'établir la preuve d'un comportement prédateur. Les modifications apportées à l'article 46 sont destinées à surmonter ces difficultés. Premièrement, il s'applique désormais aux entreprises dès lors qu'elles détiennent "une part importante du marché", tandis qu'auparavant il ne visait que les entreprises "en mesure de dominer le marché". Autrement dit, son champ d'application a été étendu à des entreprises moins puissantes; il vise non pas la taille des entreprises, mais l'"exploitation abusive de leur puissance commerciale", notion qui a remplacé celle de "monopolisation". Le nouveau paragraphe 3 de l'article 46 indique comment déterminer la "puissance commerciale". Il faut prendre en considération la mesure dans laquelle les activités d'une entreprise sont ou risquent d'être gênées par la concurrence d'autres agents qui sont ou pourraient arriver sur le marché, fournisseurs ou acheteurs. Deuxièmement, le nouveau paragraphe 7 de ce même article précise qu'un tribunal peut inférer de la conduite de l'entreprise ou des circonstances qu'il y a comportement prédateur. Des preuves directes peuvent servir à établir les faits, mais elles ne sont pas indispensables. L'article vise non pas le comportement concurrentiel en tant que tel, mais les pratiques "prédatrices" comme la discrimination en matière de prix, le refus de vendre

et la fixation de prix abusifs. Il ne s'agit là que d'exemples; il faut dans chaque cas déterminer le degré de puissance commerciale et établir que l'entreprise considérée, abusant de sa position sur le marché, a un comportement prédateur.

75. Les modifications apportées à l'article 50 visent à en préciser l'application et à lever certaines ambiguïtés constatées dans la pratique. Sont prohibées les fusions qui permettent à une entreprise de contrôler ou de dominer un marché, sauf quand la Commission des pratiques commerciales a donné une autorisation préalable pour des raisons d'intérêt public. L'interdiction vise les rachats effectués par des entreprises comme par des personnes physiques. Si une entreprise est en mesure d'exercer une influence importante sur les activités d'une autre, on considère que celle-ci est associée à celle-là. Par conséquent, pour déterminer si un acquéreur est à même de dominer un marché, on prend aussi en considération la position commerciale de toute entreprise "associée".

## II. Actes ou comportements abusifs

- a) Comportement prédateur à l'égard des concurrents, comme pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents
- b) Fixation de prix ou de modalités ou conditions discriminatoires pour la fourniture ou l'achat de biens ou de services, y compris par la tarification de cession interne
  - 1. Fixation de prix discriminatoires
  - 2. Discrimination non fondée sur les prix
- c) Fixation des prix auxquels des marchandises peuvent être revendues, y compris celles qui sont importées ou exportées

76. Au titre de la loi suédoise de 1983 sur la concurrence, la pratique des prix de vente imposés est une infraction pénale, encore que des exemptions puissent être accordées dans certaines conditions. Au Portugal, la loi sur la concurrence, qui est entrée en vigueur en juin 1984, interdit toute forme de prix minimum imposé, sauf pour les livres et les périodiques (Décret-loi No 422/83, voir TD/B/RBP/49 (1988)).

- d) Utilisation de marques de commerce ou de fabrique pour empêcher l'importation de produits identiques ou similaires portant légitimement la même marque ou une marque similaire

77. Dans l'affaire K. Mart Corp. c. Cartier, Inc., 486 U.S.281 (1987), la Cour suprême des Etats-Unis a légitimé, par cinq voix contre quatre, la pratique du "marché parallèle" consistant à offrir à des clients des marchandises à bas prix. Elle a reconnu le bien-fondé des règles du Service douanier en vertu desquelles des magasins comme K. Mart Corp. et 47th Street Photo Inc. peuvent acheter des appareils de photo, du parfum et d'autres articles à l'étranger et les revendre aux Etats-Unis sans la permission des détenteurs américains de la marque de fabrique. Toutefois, dans son jugement elle n'a pas directement invoqué la législation antitrust.

AUTRES RESTRICTIONS A L'ACHAT, A LA FABRICATION ET

A LA VENTE DE BIENS

(Article 4, II c), i) à iv))

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

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

78. En Allemagne, l'Office fédéral des ententes a jugé qu'il était abusif pour la Lufthansa, compagnie aérienne ayant une position dominante et soumise à réglementation, de refuser de partager des lignes avec un petit concurrent, étant donné que ce genre d'accord était courant et que le but du refus était apparemment anticoncurrentiel (Huitième Rapport biennal de la Commission des monopoles, 128, p. 443 (1989)).

79. En France, l'Ordonnance No 86-1243 relative à la liberté des prix et de la concurrence (1er décembre 1986) interdit l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, ou de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment être les suivants : refus de vente, ventes liées, conditions de vente discriminatoires et rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

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

80. En 1988, un tribunal israélien a infligé une amende de 25 000 NIS à la société Koor et de 20 000 NIS chacun à six négociants en acier après avoir constaté qu'ils avaient conclu un accord illégal en vertu duquel les négociants convenaient de n'acheter que de l'acier produit par Koor. Il a en outre averti les intéressés qu'en cas de récidive ils devraient payer 4 000 et 10 000 NIS, respectivement (voir "Investing Licensing and Trading", Business International, janvier 1989).

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

1. Répartition des marchés
2. Répartition de la clientèle

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

81. Les Etats-Unis ont modifié en 1988 leur législation relative aux brevets de manière à ce que le fait de lier un brevet à un autre ou à l'achat d'un produit distinct ne constitue pas une extension illégale du droit conféré par le brevet, à moins que le détenteur du brevet ait une position de force sur le marché considéré du brevet ou du produit breveté auquel la licence ou la vente est subordonnée (H.R. 4972, texte portant modification de l'article 271 d) de la loi sur les brevets). Cette mesure législative a en fait annulé des décisions antérieures des tribunaux des Etats-Unis selon lesquelles le détenteur d'un brevet devait être supposé détenir une position de force sur le marché. Le Congrès des Etats-Unis a accepté que de nombreux produits brevetés soient véritablement exposés à la concurrence de produits de remplacement.

82. Depuis quelque temps, la jurisprudence américaine témoigne d'une attitude plus favorable à l'égard des restrictions verticales en général et des achats liés en particulier. Selon de hauts fonctionnaires du Département de la justice :

"D'une façon générale (...), les restrictions verticales ont une fonction économique légitime. Ces restrictions, y compris les achats ou ventes liés et la pratique des prix imposés, ne doivent donc pas être considérées comme illégales en soi. S'il fallait choisir entre une interdiction totale et une autorisation sans réserve, nous opterions pour la seconde solution" (renseignements communiqués par le gouvernement).

83. La Cour suprême a jugé que les producteurs ne violaient pas forcément la législation antitrust s'ils cessaient d'approvisionner les magasins vendant au rabais, comme suite aux plaintes de détaillants vendant au prix fort.

84. En 1985, la Division antitrust du Département de la justice a fait connaître sa politique à l'égard des restrictions verticales : elle n'exercerait pas d'action en justice contre les entreprises recourant à des pratiques verticales lorsqu'elles détiennent moins de 10 % du marché. Les pratiques verticales d'entreprises dont la part de marché est supérieure à 10 % ne donneraient pas forcément lieu à des poursuites, mais feraient l'objet d'un examen approfondi fondé sur la "règle de raison".

f) Fusions, prises de contrôle, coentreprises et autres modes d'acquisition de contrôle, y compris directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène

85. En décembre 1989, les Communautés européennes ont adopté leur première réglementation globale relative au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, qui est entrée en vigueur en septembre 1990. Le nouveau règlement exige l'enregistrement de toutes les fusions ou acquisitions entre entreprises ayant un chiffre d'affaires global de cinq milliards d'Ecus, chacune réalisant un chiffre d'affaires d'au moins 200 millions dans la Communauté. Ces transactions doivent être notifiées et elles sont suspendues pendant 90 jours au maximum si une enquête est ouverte. En 1990 et 1991, la Commission a mené des enquêtes approfondies sur plus d'une douzaine de transactions et en a fait modifier certaines qui, à son avis, pouvaient enfreindre la norme réglementaire en créant ou en renforçant une position dominante sur le marché communautaire ou sur une partie substantielle de ce marché, et en entravant le maintien ou la mise en place d'une véritable

concurrence sur le marché considéré. Elle est autorisée à abaisser en 1991 le seuil fixé pour le chiffre d'affaires. (Voir Davidow, "Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program" 29 Colum. Journal of Transnational Law, No 11 (1991)).

86. En Allemagne, l'Office fédéral des cartels a interdit l'acquisition d'une grosse entreprise d'importation par un gros producteur local, ce qui aurait donné à ce dernier la mainmise sur les importations de ciment bon marché en provenance d'Europe orientale et aurait permis à la société résultant de la fusion de dominer le marché de l'Allemagne du Sud. (Voir huitième rapport biennal de la Commission des monopoles, 1989, No 147-148, p. 446).

1. Acquisitions de contrôle de caractère horizontal

87. L'Office coréen des pratiques commerciales restrictives a jugé illégale une acquisition regroupant une société détenant 50 % du marché des stabilisateurs en PVC et une autre société dont la part était de 19 %. L'acquéreur a reçu l'ordre de céder ses actions (voir Dong Yang Chemical Industrial Co., 1 KFTC 153 (13 janvier 1982)).

2. Acquisitions de contrôle de caractère vertical

88. Dans l'affaire Alberta Gas Chems. Ltd c. E.I. Dupont de Nemours & Co., 826 F.2d 1235 (3d Cir. 1987), le tribunal a noté que d'éminents spécialistes doutaient de l'effet anticoncurrentiel des fusions verticales en général et a estimé qu'une acquisition entraînant une mainmise de 1 % n'était pas assez importante pour constituer un problème juridique.

3. Acquisitions de contrôle de caractère hétérogène

4. Acquisitions de contrôle transfrontières

89. En Inde, la Commission des monopoles a autorisé, en 1989, Timken à prendre une participation de 40 % dans une coentreprise avec Tata Iron and Steel Ltd., parce qu'elle avait constaté que ladite coentreprise disposerait d'une technologie supérieure, mais serait toujours exposée à une concurrence substantielle et n'aurait donc pas une position dominante (voir "Business Asia" reports, Business International, 14 septembre 1989).

90. En Australie, un texte portant modification de la loi de 1986 sur les pratiques commerciales a été adopté en vue de renforcer cet instrument et d'en accroître l'efficacité; le champ d'application de la loi a été étendu aux fusions opérées hors frontières par des sociétés étrangères ayant des filiales en Australie. Aux termes du premier alinéa de l'article 50A, le tribunal peut, à la demande du Ministre, de la Commission ou de toute autre personne, constater qu'une personne détenant, à la suite de l'acquisition d'une société à l'étranger, une participation majoritaire (au sens de l'alinéa 8 de l'article 50A) dans une ou plusieurs sociétés, domine ou risque de dominer un marché important de biens et de services en Australie, et que cette acquisition ne sert pas l'intérêt public. L'expression "marché important de biens ou de services" est utilisée pour bien montrer que cette disposition ne s'applique qu'aux marchés d'une importance analogue à celle des marchés visés par l'article 50.

5. Directions imbriquées

91. Aux Etats-Unis, le champ de la loi a été élargi en 1990 de manière à rendre illégales non seulement l'interpénétration des conseils d'administration de deux sociétés concurrentes, mais aussi la présence d'un membre du bureau d'une société au conseil d'administration d'une entreprise concurrente (voir l'Amendments Act de 1990).

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 5

DISPOSITIONS INTERESSANT LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

92. En Inde, la loi de 1982 sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives a été révisée comme suite aux recommandations de la Commission Sachar et on y a notamment introduit la notion de protection des consommateurs ainsi qu'une nouvelle clause très importante portant sur des pratiques commerciales déloyales qui auparavant ne faisaient l'objet d'aucune disposition particulière : publicité mensongère, soldes, accaparement, destruction de biens, etc.

93. En Australie, certaines des principales modifications apportées en 1986 à la loi sur les pratiques commerciales concernent la protection des consommateurs (titre V). Le nouvel article 52A interdit, au civil, tout comportement déraisonnable de la part des entreprises dans leurs transactions avec les consommateurs. Toute infraction prouvée donne voie aux recours indiqués à l'article 87 et la Commission des pratiques commerciales fait appliquer la loi en demandant, si nécessaire, que soient adressées des injonctions. L'article vise des types de comportement qui, sans être nécessairement fallacieux ou trompeurs, n'en sont pas moins manifestement injustes ou déraisonnables. Par exemple, il peut s'appliquer à une entreprise qui chercherait à profiter de l'incompréhension manifeste de l'acheteur quant à la nature ou aux conséquences d'une transaction. Les nouvelles dispositions complètent celles qui existaient déjà et offrent aux consommateurs une protection accrue contre les pratiques commerciales peu scrupuleuses.

94. Les modifications renforcent aussi les dispositions qui prévoient l'interdiction de vendre des produits dangereux. Auparavant, ces dispositions ne s'appliquaient pas aux produits dangereux livrés avant la parution du décret d'interdiction. De nombreuses entreprises retirent volontairement des produits dangereux du marché. Toutefois, soucieux de disposer d'un mécanisme efficace offrant des garanties pour toute la gamme des produits potentiellement dangereux, le gouvernement a jugé nécessaire de prévoir des pouvoirs permettant d'exiger le retrait des produits visés en cas de besoin. Quand il n'y a pas de systèmes de retrait volontaire ou quand ils laissent à désirer, ces pouvoirs peuvent être exercés pour garantir le retrait des produits dangereux du marché ou l'adoption d'autres mesures de protection. Cela permet d'agir quand la sécurité publique est menacée et quand les systèmes de retrait volontaire ou d'autres moyens se révèlent inadaptés. En tout état de cause, c'est avant tout aux fabricants et aux importateurs qu'il incombe de garantir l'inocuité des biens de consommation.

95. Au Canada, la nouvelle loi sur la défense de la concurrence, adoptée en 1986, a notamment pour objet la protection des consommateurs. De même, à Sri Lanka, la loi No 1 de 1987 portant création de la Commission des pratiques commerciales équitables prévoit que la Commission, en examinant les questions concernant les prix, doit accorder une importance particulière aux intérêts des consommateurs. Cette nouvelle loi renforce la loi No 1 de 1979 sur la protection des consommateurs.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 6

NOTIFICATION

[Pas de commentaire à ajouter]

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 7

L'ORGANE DE TUTELLE ET SON ORGANISATION

96. Au Pérou, une loi de 1991 institue une commission de six membres émanant de six ministères. Au Kenya, la loi de 1988 sur les pratiques commerciales restrictives, les monopoles et le contrôle des prix, désigne un Commissaire des monopoles et des prix et les autres responsables qui peuvent être nécessaires pour assurer l'application de la loi.

97. Au Royaume-Uni, dans le Livre vert intitulé "Examen de la politique en matière de pratiques commerciales restrictives", le gouvernement propose la création d'un conseil de la concurrence, conçu sur le modèle de l'actuel Office of Fair Trading, mais avec de nouvelles structures et de nouvelles fonctions. En France, l'Ordonnance No 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence porte création d'un Conseil de la concurrence composé de 16 membres nommés pour une durée de six ans, dont le mandat est renouvelable (titre II). De même, au Canada, la nouvelle loi de 1986 sur la concurrence institue un tribunal de la concurrence et dissout la Commission des pratiques commerciales restrictives.

98. A Sri Lanka, la loi No 1 de 1987, qui abroge la loi de 1975 portant création de la Commission nationale des prix, institue une commission des pratiques commerciales équitables qui s'acquitte des fonctions auparavant confiées à la Commission nationale des prix en ce qui concerne le contrôle des monopoles, des fusions et des pratiques anticoncurrentielles et qui est également chargée de l'établissement et de l'application d'une politique nationale des prix. Elle exempte de toutes poursuites au civil et au pénal la Commission et ses membres, collaborateurs ou conseillers, pour tout acte accompli ou censé avoir été accompli de bonne foi en application de ses dispositions.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 8

FONCTIONS ET POUVOIRS DE L'ORGANE DE TUTELLE

99. Le texte antérieur a été étoffé pour insister sur les fonctions des autorités chargées du contrôle des pratiques commerciales restrictives consistant à donner leur avis sur les problèmes de réglementation et de concurrence et à établir une coopération avec leurs homologues dans d'autres pays.

100. La section relative à la confidentialité comporte un nouveau passage concernant la protection habituellement assurée aux informateurs et aux délibérations décisionnelles des autorités.

101. Au Royaume-Uni, dans le Livre vert intitulé "Examen de la politique en matière de pratiques commerciales restrictives" publié en 1986, le gouvernement propose la création d'un conseil de la concurrence doté de pouvoirs plus étendus. Ce nouvel organe pourrait exiger la communication de renseignements et de documents et ordonner des perquisitions. Il serait aussi habilité à imposer des amendes représentant au maximum 10 % du chiffre d'affaires total. Qui plus est, il pourrait demander au Tribunal des pratiques restrictives de rendre des ordonnances de ne plus faire, dont le non-respect constituerait un refus d'obtempérer et entraînerait donc l'imposition d'amendes ou de peines de prison. Des sanctions seraient imposées en cas de refus de répondre à une demande raisonnable de renseignements, en cas de communication de renseignements fallacieux ou erronés et en cas de suppression ou destruction d'éléments d'information par négligence ou de façon délibérée. De lourdes sanctions seraient appliquées en cas d'obstruction à une enquête menée par l'organe en question. La loi donnerait également aux particuliers le droit d'engager des poursuites - ce qui contribuerait à décourager la conclusion d'accords anticoncurrentiels.

102. En France, le Conseil de la concurrence qui contrôle les pratiques anticoncurrentielles ainsi que les fusions, doit être obligatoirement consulté par le gouvernement sur tout projet de texte réglementaire. Il est habilité à prendre des décisions et publie des rapports annuels. Il peut se saisir d'office ou être saisi par le Ministre de l'économie, des entreprises, des collectivités territoriales, des organisations professionnelles ou syndicales, des organisations de consommateurs, etc., et imposer des amendes d'un montant maximum correspondant à 5 % du chiffre d'affaires annuel ou à 10 millions de francs français. La loi décrit la procédure d'enquête et prévoit que les défendeurs peuvent faire recours devant la cour d'appel de Paris.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 9

SANCTIONS ET REPARATION

103. Cette section a été développée pour mettre en relief la diversité des sanctions et des mesures de réparation que les nations adoptent actuellement, notamment le démantèlement des monopoles, la restitution de profits illicites, etc.



104. Une commission des Etats-Unis s'occupant de la sanction des délits des sociétés a recommandé, en 1990, que les amendes soient fixées en partie en fonction du volume d'échanges touché par la pratique illégale (voir United States Sentencing Commission Guidelines Manual, novembre 1990).

#### COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 10

#### RECOURS

105. La Communauté européenne a récemment créé un tribunal de première instance spécifiquement chargé de connaître des appels de décisions prises en vertu de la législation antitrust, ces affaires étant devenues une charge pour la Cour européenne de justice en raison des dossiers volumineux qu'elles représentent (Voir I-A Hawk, United States, Common Market and International Antitrust, 37 (1990 ed.)).

106. Au Kenya, outre l'organe de tutelle, à savoir le Commissaire des monopoles et des prix et autres responsables, la loi de 1988 sur les pratiques commerciales restrictives, les monopoles et le contrôle des prix a porté création d'un tribunal des pratiques commerciales restrictives composé d'un président, qui doit être un avocat en exercice depuis au minimum sept ans, et d'au moins deux membres nommés par le Ministre. Le tribunal instruit les recours et a le pouvoir de confirmer, modifier ou réformer l'ordonnance contestée devant lui.

#### COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 11

#### ACTION EN DOMMAGES-INTERETS

107. Le Brésil, en adoptant la loi 8158 du 10 janvier 1991, a autorisé les concurrents ou les personnes lésées de manière générale à intenter une action pour prévenir les atteintes à l'ordre économique, notamment la fixation concertée des prix, la vente à des prix abusivement bas et les ventes liées (voir 60 BNA ATRR 426 (1991)).

108. En Australie, l'article 55 de la loi sur les pratiques commerciales révisée en 1986 modifie l'article 7 pour permettre à la Commission des pratiques commerciales de demander réparation au nom de personnes nommément citées qui ont subi un préjudice ou un dommage du fait d'actes accomplis par une société ou une personne physique en violation des dispositions de la section 1 ou 1A de la cinquième partie concernant la protection des consommateurs. Un des principaux obstacles qui empêchent les consommateurs de faire valoir leurs droits en vertu de la loi est le coût élevé des actions en justice. En autorisant la Commission à demander réparation au nom de consommateurs déterminés dans certaines circonstances, la loi permet à ces derniers d'obtenir plus aisément un dédommagement. Cette modification est particulièrement utile en ce sens qu'elle donne à la Commission la possibilité d'entreprendre une action coercitive lorsque, par exemple, un grand nombre de consommateurs ont été individuellement lésés pour des montants relativement faibles ou encore lorsqu'un petit groupe de consommateurs ont perdu leurs économies du fait d'une représentation frauduleuse. Il s'agit alors d'une action en représentation plutôt que d'une action collective. La question des recours offerts aux consommateurs lésés se pose seulement quand la Commission

a établi qu'il y a eu infraction aux dispositions du titre V de la loi, dans le cadre de poursuites ou d'une procédure d'injonction. Les consommateurs lésés doivent être nommément cités dans la requête et avoir consenti par écrit à ce que la Commission agisse en leur nom. Le tribunal n'est pas habilité à accorder de dommages-intérêts à un groupe de personnes : seules peuvent en bénéficier des individus nommément cités. Le montant du préjudice subi par chacun du fait de l'infraction doit aussi être établi.

## Notes

1/ Voir le rapport du Groupe intergouvernemental d'experts sur sa dixième session (TD/B/1310-TD/B/RBP/85), annexe I, paragraphe 4.

2/ TD/B/CONF/10/Rev.1.

3/ Voir la résolution adoptée par la deuxième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble et figurant en annexe au rapport de la Conférence (TD/RBP/CONF.3/9).

4/ Beaucoup de lois nationales antitrust, comme celles des Etats-Unis et du Royaume-Uni, énoncent une règle générale au lieu d'énumérer les pratiques interdites. D'autres réglementations, comme celles de la Communauté européenne, énoncent une règle générale mais la complètent par une liste en précisant bien que cette liste a seulement un caractère indicatif. Il ne semble pas qu'il y ait de cas où soit établie une liste définitive à laquelle des éléments ne puissent être ajoutés.

5/ La plupart des tribunaux appelés à se prononcer en cette matière ont jugé que les entreprises sous contrôle commun ou propriété commune ne sont pas concurrentes ou susceptibles de l'être. (Voir, par exemple, Centrafarm B.V. c. Sterling Drug, 1974 ECR 1147 (EC); Copperweld Corp. c. Independence Tube Corp., 104 S.Ct.2731 (1984) (US)).

6/ En juillet 1989 a été publié un "livre blanc" intitulé Opening Markets: New Policy on Restrictive Trade Practices ("Ouvrir les marchés : une nouvelle politique en matière de pratiques commerciales restrictives"), qui contient une liste modifiée de pratiques qu'il est proposé d'interdire. Ces propositions n'ont pas encore été approuvées et sont par conséquent sujettes à modification. [La présente section sera donc entièrement révisée en temps utile.]