



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

Distr.
GENERALE

TD/B/RBP/81/Rev.4
21 août 1995

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DEVELOPPEMENT

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

Projet de commentaires d'éléments pour les articles
d'une loi ou de lois types */

Etabli par le secrétariat de la CNUCED

*/ Le présent document servira de document de base pour l'examen du point 8 b) de l'ordre du jour de la troisième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives.

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION	i) - iv)	
PREMIERE PARTIE		
PROJETS D'ELEMENTS POUR LES ARTICLES		6
TITRE DE LA LOI :		
Elimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives :		
Loi antimonopole, Loi sur la concurrence		6
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE PREMIER		
Objectifs ou buts de la loi		6
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 2		
Définitions et champ d'application		6
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 3		
Accords ou arrangements restrictifs		7
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		8
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 5		
Aspects éventuels de la protection des consommateurs		9
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 6		
Notification		10
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 7		
L'organe de tutelle et son organisation		11
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 8		
Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle		11
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 9		
Sanctions et réparation		12

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 10		
Recours		13
PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 11		
Action en dommages-intérêts		13
DEUXIEME PARTIE - COMMENTAIRE DES ARTICLES	1 - 151	14
COMMENTAIRE DU TITRE DE LA LOI		
Titre de la loi	2 - 3	14
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE PREMIER		
Objectifs ou buts de la loi	4 - 8	15
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 2		
Définitions et champ d'application	9 - 20	16
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 3		
Accords ou arrangements restrictifs	21 - 53	20
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 4		
Actes ou comportements constituant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché	54 - 104	29
- Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché		
- Actes ou comportements réputés abusifs		
- Autorisation		
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 5		
Aspects éventuels de la protection des consommateurs	105 - 106	42
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 6		
Notification	107 - 113	43
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 7		
L'organe de tutelle et son organisation	114 - 124	46

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 8		
Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle . . .	125 - 134	49
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 9		
Sanctions et réparation	135 - 145	52
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 10		
Recours	146 - 149	55
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 11		
Action en dommages-intérêts	150 - 151	56

INTRODUCTION

i) A sa treizième session, tenue du 24 au 28 octobre 1994, le Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives a décidé que, en préparation de la troisième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, le secrétariat de la CNUCED devrait regrouper les propositions de rédaction concernant le projet de commentaires d'éléments pour les articles d'une loi type ou de lois types (TD/B/RBP/81/Rev.3) et les lui soumettre à sa quatorzième session en vue d'une nouvelle révision du commentaire de la loi type.

ii) A sa quatorzième session, tenue du 6 au 10 mars 1995, le Groupe intergouvernemental d'experts a pris note de la compilation de commentaires établie par le secrétariat de la CNUCED (TD/B/RBP/Misc.16).

iii) Dans ses conclusions concertées 1/, le Groupe a décidé de réviser à nouveau le commentaire de la loi type, compte tenu des propositions figurant dans le document TD/B/RBP/Misc.16 ainsi que des observations reçues d'Etats membres avant le 15 mai 1995.

iv) Le présent document reproduit donc tels quels les projets d'éléments d'articles, comme ils figuraient dans la première partie du document TD/B/RBP/81/Rev.2, avec des propositions concrètes et autant que possible, des observations reçues de gouvernements. Il tient en outre compte des tendances récentes de la législation adoptée dans le monde en matière de concurrence.

PREMIERE PARTIE

PROJETS D'ELEMENTS POUR LES ARTICLES

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

Définitions et champ d'application

I. Définitions

a) Le terme "entreprises" désigne les firmes, sociétés de personnes, sociétés anonymes, compagnies, associations et autres personnes morales, qu'elles soient créées ou contrôlées par des intérêts privés ou par l'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 ont des activités rivales ou susceptibles de l'être, que ces accords soient écrits ou oraux, officiels ou non officiels

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

b) Soumissions collusoires;

c) Répartition des marchés ou de la clientèle;

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

e) Refus concertés d'achat;

f) Refus concerté d'approvisionnement;

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

II. Autorisation

Les pratiques relevant de la section I, quand elles sont dûment notifiées à l'avance et quand elles sont le fait d'entreprises exposées à une concurrence effective, peuvent être autorisées lorsque les responsables de l'application des lois 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 d'actes ou comportements entraînant l'abus, ou l'acquisition
et l'abus, d'une position dominante sur le marché

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

- i) Lorsqu'une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou groupes 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 en dehors des entreprises affiliées;

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

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

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

- i) Refus partiel ou complet de traiter aux conditions commerciales habituelles de l'entreprise;
 - ii) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'acceptation de restrictions concernant la distribution ou la fabrication de biens concurrents ou autres;
 - iii) Imposer des restrictions à la revente ou à l'exportation des biens fournis ou d'autres biens quant au lieu ou à la personne 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, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de 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 qui en résultera 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 opérations 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

Aspects éventuels de la protection des consommateurs

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

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

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

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

II. Décision de l'organe de tutelle

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

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

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

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

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

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

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 nomination, notamment l'autorité responsable de leur nomination.
3. Qualifications des personnes nommées.
4. Durée et possibilité de renouvellement du mandat du président et des membres de l'organe et modalités de remplacement en cas de vacance.
5. Destitution de membres de l'organe.
6. Immunité éventuelle des membres à l'égard de toute poursuite dans l'accomplissement de leurs devoirs ou l'exercice de leurs fonctions.
7. Nomination du personnel nécessaire.

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 indicatif) :
 - a) Procéder à des enquêtes, notamment après réception de plaintes;
 - b) Prendre les décisions nécessaires, notamment imposer des sanctions, ou en recommander au ministre responsable;
 - c) Faire des études, publier des rapports et informer le public;
 - d) Délivrer des formules et tenir un ou des registres de notifications;
 - e) Etablir des règlements et les promulguer;

f) Aider à la rédaction d'une législation nouvelle ou à l'amendement 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) Favoriser les échanges de renseignements entre Etats.

II. Caractère confidentiel

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

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

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

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 9

Sanctions et réparation

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

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

II. Les sanctions pourraient notamment être les suivantes :

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

- iv) Ordonnances faisant obligation, à titre définitif ou pour une longue durée, de cesser et de s'abstenir de commettre une infraction, ou de réparer une infraction par une conduite positive, des excuses ou une déclaration publiques, etc.;
- v) Démantèlement (pour les fusions ou acquisitions réalisées) ou annulation (pour certaines fusions et acquisitions ou certains contrats restrictifs);
- vi) Restitution aux consommateurs lésés;
- vii) Traitement de la constatation administrative ou judiciaire de l'illégalité comme commencement de preuve de responsabilité dans toutes les actions en dommages-intérêts engagées par les personnes lésées.

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 10

Recours

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

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

PROJETS D'ELEMENTS POUR L'ARTICLE 11

Action en dommages-intérêts

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

DEUXIEME PARTIE

COMMENTAIRE DES ARTICLES

I.

1. Se fondant sur les conclusions concertées adoptées par le Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives à ses treizième et quatorzième sessions, le secrétariat de la CNUCED a établi des commentaires révisés des projets d'éléments pour les articles tels qu'ils figurent dans la première partie ci-dessus, compte tenu des renseignements et observations communiqués par écrit par les Etats, ainsi que de l'évolution récente des législations au niveau international.

COMMENTAIRE DU TITRE DE LA LOI

TITRE DE LA LOI

2. Les projets d'éléments pour les articles offrent trois variantes du titre de la loi : "Elimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives" 2/, "Loi antimonopole" 3/ et "Loi sur la concurrence" 4/.

3. Il n'y a pas de règle communément admise pour le titre des lois sur les pratiques commerciales restrictives. Les différents titres adoptés correspondent généralement aux objectifs et à la catégorie de la loi, ainsi qu'aux traditions juridiques des pays considérés. Par exemple : Australie : Trade Practices Act; Belgique : Loi sur la protection de la concurrence économique; Colombie : Loi relative à la promotion de la concurrence et aux pratiques commerciales restrictives; France : Ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence; Allemagne : Loi sur les restrictions à la concurrence; Inde : Monopolies and Restrictive Trade Practices (MRTP) Act; Italie : Règles pour la protection de la concurrence et du marché; Jamaïque : Fair Competition Act; Kenya : The Restrictive Trade Practices, Monopolies and Price Control Act; Malte : Act to Regulate Competition and Provide for Fair Trading; Espagne : Loi sur la protection de la concurrence; Pakistan : The Monopolies and Restrictive Trade Practices (Control and Prevention) Ordinance; Pérou : Décret législatif contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence; Pologne : Loi sur l'élimination des pratiques de monopole; République de Corée : Loi sur la réglementation des monopoles et sur la concurrence; Fédération de Russie : Loi sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits; Sri Lanka : The Fair Trading Commission Act; Royaume-Uni : Fair Trading, Restrictive Trade Practices, Resale Prices and Competition Acts; Etats-Unis d'Amérique : Lois antitrust (Sherman Act, Clayton Act, Federal Trade Commission Act); Venezuela : Loi visant à favoriser et à protéger l'exercice de la libre concurrence.

COMMENTAIRE DE 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.

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

5. Les formules relevées dans diverses législations nationales comprennent, par exemple, les objectifs ci-après : au Canada, celui "de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits" 5/; au Danemark : "favoriser la concurrence et renforcer ainsi l'efficacité de la production et de la distribution des biens et services, etc., en rendant les conditions de la concurrence aussi transparentes que possible" 6/; en Norvège : "parvenir à une utilisation efficace des ressources de la société en réunissant les conditions nécessaires à une concurrence effective" 7/; au Pérou : éliminer les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence et veiller au développement de l'initiative privée et aux intérêts des consommateurs" 8/; en Fédération de Russie : "empêcher, limiter et supprimer les pratiques de monopole et la concurrence déloyale et assurer les conditions nécessaires à la création et au bon fonctionnement des marchés de produits" 9/; en Suède : "éliminer et neutraliser les obstacles à une concurrence efficace dans la production et le commerce des biens, services et autres produits" 10/; aux Etats-Unis : "une charte globale de liberté économique destinée à préserver une concurrence libre et sans entraves en tant que principe du commerce. Elle repose sur la prémisse que la libre interaction des forces de la concurrence aboutira à une répartition optimale de nos ressources économiques, aux prix les plus bas, à la qualité la meilleure et au plus grand progrès matériel, tout en créant un cadre propice à la sauvegarde de nos institutions politiques et sociales démocratiques" 11/; au Venezuela : "favoriser et protéger l'exercice de la libre concurrence", ainsi que "l'efficacité profitable aux producteurs et aux consommateurs" 12/; le règlement du Pacte andin mentionne "la prévention et la correction des

distorsions provoquées par des comportements commerciaux qui empêchent, limitent ou faussent la concurrence" 13/. Concernant la Communauté européenne, le Traité instituant la Communauté économique européenne considère que "l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun" constitue l'un des moyens nécessaires pour promouvoir "un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée" et "un relèvement accéléré du niveau de vie" 14/.

6. Dans le texte proposé ci-dessus, il est question de "contrôler", le terme "contrôle" figurant dans le titre de l'Ensemble de principes et de règles, ainsi que d'"accords restrictifs" et de "l'abus d'une position dominante sur le marché", c'est-à-dire des pratiques visées aux sections C et D de l'Ensemble. Les mots "qui limitent l'accès aux marchés" visent les actes destinés à empêcher ou à prévenir l'entrée de concurrents effectifs ou potentiels. Le terme "indûment" signifie que les effets des restrictions doivent être sensibles, en même temps qu'excessifs ou graves, avant que l'interdiction ne devienne applicable. Cette idée est présente dans la législation de nombreux pays, tels que l'Australie 15/, l'Inde, le Mexique 16/, la République de Corée, la Fédération de Russie, le Royaume-Uni et la Communauté européenne 17/.

7. Selon d'autres législations, certains accords de coopération entre petites et moyennes entreprises peuvent être autorisés s'ils visent à améliorer l'efficacité et la compétitivité de ces entreprises face aux grandes entreprises. Tel est le cas en Allemagne et au Japon. En outre, au Japon, les petites et moyennes entreprises sont définies par référence au capital libéré et au nombre de salariés.

8. Il appartiendrait aux Etats de décider comment une règle de minimis devrait s'appliquer. Il y a essentiellement deux possibilités. D'une part, on peut laisser à l'organe de tutelle la faculté de décider à partir d'une évaluation des accords ou arrangements qui lui sont notifiés. C'est alors lui qui aurait la responsabilité d'arrêter les critères d'exception. D'autre part, si l'on privilégie les considérations "d'intérêt national", les restrictions sont envisagées avant tout de manière à déterminer si elles ont ou pourraient avoir, tout compte fait, des effets préjudiciables au développement économique général 18/. Cette notion, avec des nuances et des ordres de priorité divers, transparaît dans les règles de droit en vigueur sur les pratiques commerciales restrictives aussi bien dans des pays développés que dans des pays en développement 19/.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 2

Définitions et champ d'application

I. Définitions

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

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

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

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

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.

11. Les définitions de l'Ensemble ont été élargies pour inclure celle du "marché considéré". La conception de cette définition est celle qui est développée dans les Directives des Etats-Unis applicables aux fusions, qui sont généralement acceptées par les économistes "antitrust" dans la plupart des pays 20/.

12. La définition du "marché considéré" consiste, en termes simples, à déterminer les produits ou services particuliers ou la catégorie de produits fabriqués ou de services fournis par une ou plusieurs entreprises dans une zone géographique donnée. La Cour suprême des Etats-Unis a défini le marché considéré comme "la zone de concurrence effective dans laquelle le défendeur opère" 21/ . Pour cerner la zone de concurrence effective, il faut étudier à la fois le marché considéré du produit et la zone géographique visée. Il convient aussi de noter que le marché considéré, une fois défini, donne la position dans laquelle l'entreprise se trouve en matière de concurrence. En outre, de nombreuses juridictions, y compris le Royaume-Uni, prévoient la possibilité de tenir compte du remplacement de l'offre pour la définition du marché considéré, ce qui a des conséquences importantes lorsque la loi en question implique des mesures découlant de la seule part de marché. Par exemple, dans certains pays, les "monopoles" (des entreprises détenant 30 ou 40 % du marché) sont tenus de se soumettre à des dispositions en matière de contrôle des prix ou d'information 22/.

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

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

14. Le marché géographique est le second élément dont il faut tenir compte pour déterminer le marché considéré. En gros, il peut être décrit comme la zone dans laquelle opèrent les vendeurs d'un produit ou service donné. Il peut également être défini comme un marché où les vendeurs d'un produit ou d'un service peuvent opérer sans rencontrer d'obstacles sérieux ^{23/}. Il peut être restreint - par exemple une petite ville - ou s'étendre au marché mondial lui-même. Entre ces deux possibilités, il peut y en avoir d'autres : plusieurs villes, une province, un Etat ou une région comprenant plusieurs Etats. Ainsi, pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives dans un groupement économique régional comme la Communauté économique européenne, le marché géographique considéré est "le Marché commun ou une partie substantielle de celui-ci". A ce propos, la Cour de justice, dans l'affaire "Industrie européenne du sucre" ^{24/}, a décidé que la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas et le sud de ce qui était alors la République fédérale d'Allemagne constituaient chacun des "parties substantielles du Marché commun" (c'est-à-dire le marché géographique considéré). En outre, la Cour a estimé qu'il fallait tenir compte, en particulier, de la structure et du volume de la production et de la consommation du produit, ainsi que des habitudes et possibilités économiques des vendeurs et des acheteurs. Pour déterminer le marché géographique, on peut aussi appliquer des critères relatifs à la demande, ce qui permet d'établir que le marché géographique considéré est la zone dans laquelle un consommateur ou un acheteur raisonnable satisfait sa demande.

15. Un certain nombre de facteurs interviennent dans la détermination du marché géographique considéré, dont les surcoûts dus aux frais de transport, la difficulté plus ou moins grande de se procurer les biens ou services, les choix offerts aux consommateurs et le niveau fonctionnel auquel les entreprises opèrent.

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 contrôlés par l'Etat ou par des administrations ou collectivités locales agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir.

16. La définition du champ d'application tient compte de la section B ii) de l'Ensemble. Elle a été étoffée afin de préciser que la loi s'applique aux personnes physiques, mais non à des agents de la fonction publique agissant pour le compte de l'Etat 25/. Toutefois, une personne physique n'est pas une "entreprise", à moins d'être incorporée dans une "société de personnes". La loi type pourrait laisser entendre qu'un accord passé entre une société et son administrateur gérant est un accord entre deux "entreprises", donc une entente délictueuse. L'analyse juridique conclut à peu près partout que ce ne devrait pas être le cas.

17. Bien que la quasi-totalité des codes internationaux relatifs aux pratiques commerciales restrictives, tels que les règles de la Communauté européenne relatives à la concurrence et la Décision du Groupe andin sur les pratiques de nature à restreindre la concurrence, s'appliquent uniquement aux entreprises, la plupart des lois nationales en matière de pratiques commerciales restrictives s'appliquent aux personnes physiques aussi bien qu'aux entreprises, puisque la dissuasion et la réparation peuvent être plus efficaces au niveau national si les propriétaires ou les dirigeants des entreprises peuvent être tenus pour personnellement responsables des violations qu'ils commettent ou autorisent, comme tel est le cas au Royaume-Uni au titre de la Loi sur les pratiques restrictives 26/. Il importe aussi de mentionner que les associations professionnelles peuvent également être considérées comme des "entreprises", aux fins des lois sur la concurrence.

18. Le champ d'application a également été précisé de manière à exclure les actes souverains des administrations locales qui ont reçu une délégation de pouvoir en matière de réglementation et à protéger les actes de personnes physiques qui sont imposés ou contrôlés par l'Etat. Il convient toutefois de mentionner que, selon la section B ii) 7 de l'Ensemble de principes et de règles, ainsi que dans la plupart des pays qui appliquent une législation moderne sur les pratiques commerciales restrictives, la loi vise les entreprises d'Etat de la même façon que les entreprises privées 27/.

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

20. Il est à noter que dans plusieurs pays, les droits de propriété intellectuelle 28/ ont suscité des problèmes de concurrence. Etant donné les problèmes de ce type provoqués par l'exercice des droits d'auteur, des brevets et des droits de marque commerciale, plusieurs pays, dont l'Espagne 29/ et le Royaume-Uni 30/, ainsi que l'Union européenne 31/, ont jugé nécessaire d'élaborer une réglementation spécifique sur les droits de propriété intellectuelle et la concurrence. Les Etats-Unis ont également adopté des directives à l'intention des entreprises qui ont besoin de savoir si les autorités compétentes contesteront une pratique comme étant anticoncurrentielle 32/. Il est enfin important de tenir compte des dispositions relatives au contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles qui figurent dans l'Accord sur les ADPIC 33/.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 3

Accords ou arrangements restrictifs

- I. Interdiction des accords ci-après entre des entreprises qui ont des activités rivales ou susceptibles de l'être, que ces accords soient écrits ou oraux, officiels ou non officiels
- a) Accords fixant les prix ou autres conditions de vente, y compris dans le commerce international;
 - b) Soumissions collusoires;
 - c) Répartition des marchés ou de la clientèle;
 - d) Restrictions à la production ou aux ventes, notamment au moyen de contingents;
 - e) Refus concertés d'achat;
 - f) Refus concerté d'approvisionnement;
 - g) Refus collectif d'admission à la qualité de partie à un arrangement, ou de membre d'une association, d'une importance décisive pour la concurrence.

21. Les éléments de cet article sont fondés sur le paragraphe 3 de la section D de l'Ensemble et, comme dans ce paragraphe, la doctrine suivie a généralement été celle de l'interdiction de principe. Cette idée est reprise ou semble gagner du terrain dans les règles de droit de nombreux pays sur les pratiques restrictives.

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

23. Les accords entre entreprises sont en principe interdits par l'Ensemble, "sauf quand elles traitent l'une avec l'autre dans le cadre d'une entité économique où elles sont sous contrôle commun, y compris par voie de propriété, ou, pour d'autres raisons, ne peuvent agir indépendamment

l'une de l'autre" (section D.3). Il convient de noter qu'un très grand nombre de tribunaux ont jugé que les entreprises sous contrôle commun ou propriété commune ne sont pas rivales ou susceptibles de l'être 34/. Aux Etats-Unis, alors que quelques juridictions inférieures ont étendu cette règle aux sociétés dont le capital est détenu en majorité par une autre entreprise 35/, la Cour suprême s'est bornée à décider qu'une société-mère et la filiale qu'elle contrôle entièrement ne sauraient se concerter illicitement au sens du Sherman Act 36/.

24. Les accords ou arrangements, écrits ou oraux, officiels ou non officiels, seraient frappés par l'interdiction, laquelle s'appliquerait à n'importe quel accord, que les parties aient ou non l'intention de lui donner force de loi. A ce propos, la législation pakistanaise définit un accord comme s'entendant de "tout arrangement ou convention, écrit ou non écrit, qu'il soit ou non destiné à avoir force exécutoire" 37/. L'Inde 38/ et l'Afrique du Sud 39/ ont adopté une définition analogue. La législation de la Pologne 40/ et celle de la Fédération de Russie 41/ parlent d'"accords sous quelque forme que ce soit". La loi espagnole 42/, qui s'inspire des règles de la Communauté européenne, est rédigée en termes larges, recouvrant de multiples possibilités qui vont plus loin que les accords, puisqu'elle mentionne les "décisions ou recommandations collectives, ou pratiques concertées ou délibérément parallèles". Le Pérou 43/ et le Venezuela 44/ se sont prononcés dans le même sens. C'est aussi le cas du règlement du Pacte andin 45/.

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

26. Pour établir si un comportement parallèle est l'aboutissement de décisions commerciales indépendantes ou d'un accord tacite, il faudrait probablement faire des recherches sur la structure du marché, les écarts entre les prix par rapport aux coûts de production, la chronologie des décisions et autres indices d'une uniformité de comportement des entreprises sur le marché d'un produit donné. Une chute parallèle des prix peut témoigner d'une saine concurrence, alors que des augmentations parallèles devraient faire naître une forte présomption d'accord ou arrangement tacite ou autre suffisante pour imposer la charge de la preuve à l'entreprise ou aux entreprises intéressées, qui devraient alors produire des éléments d'information à décharge 46/. Un autre moyen de distinguer les comportements concurrentiels, mais parallèles, de ceux qui résultent d'un accord anticoncurrentiel serait d'examiner si le comportement d'une entreprise donnée serait conforme à

ses propres intérêts en l'absence de l'assurance que ses concurrents agiront de la même façon. Il importe néanmoins aussi de signaler que des augmentations parallèles de prix, particulièrement en période d'inflation généralisée, s'accordent aussi bien avec la concurrence qu'avec une entente collusoire et ne témoignent pas à coup sûr d'un comportement anticoncurrentiel.

27. Les pratiques commerciales restrictives visées aux alinéas a) à g) de la section I de l'article 3 ne sont que des exemples et ne devraient pas être considérées comme une énumération exhaustive des pratiques à interdire. Bien que la liste englobe les cas les plus courants de pratiques restrictives, elle peut être étendue à d'autres encore et prendre un caractère indicatif par l'insertion des mots ", entre autres possibilités," entre les mots "interdiction" et "des accords ci-après", comme, par exemple, dans la nouvelle législation colombienne 47/, ou par l'addition des mots "ou autres cas d'effet équivalent", comme dans le règlement du Pacte andin 48/. L'article 3 devient ainsi une "clause générale" qui vise non seulement les accords énumérés aux alinéas a) à g), mais aussi d'autres qui ne sont pas expressément mentionnés et que l'organe de tutelle pourrait juger également restrictifs.

28. En outre, dans quelques pays tels que l'Inde, existe la présomption que les pratiques commerciales de monopole portent préjudice à l'intérêt public et sont par conséquent interdites, sous réserve des exceptions prévues dans la loi 49/.

29. La législation des Etats-Unis se caractérise, quant à elle, par le critère de l'infraction à priori conçu dans l'application de l'article premier du Sherman Act. Tandis que le principe à suivre pour constater un comportement anticoncurrentiel est celui du "caractère raisonnable" (l'objectif de la législation étant de lutter contre les restrictions non raisonnables, reconnues telles après examen du but et des effets de la pratique présentée comme une restriction), la Cour suprême a jugé que "certains accords ou pratiques, en raison de leur effet pernicieux sur la concurrence, et faute d'offrir le moindre avantage en compensation, sont présumés irréfutablement non raisonnables, donc illégaux, sans nécessité d'un examen détaillé pour déterminer précisément les torts qu'ils ont causés ou le motif d'ordre commercial invoqué pour leur utilisation" 50/. Les restrictions réputées constituer des infractions à priori englobent généralement la fixation collusoire des prix, le partage horizontal des marchés et des clientèles, les refus concertés horizontaux de commercer et le truquage des offres.

30. Il est à noter que la Communauté européenne considère également "a priori" que des accords entre entreprises (ou des pratiques concertées ou décisions d'associations d'entreprises) qui restreignent la concurrence sont (en raison des effets qu'ils peuvent avoir sur le commerce entre les Etats membres) interdits (Article 85(1) du Traité de Rome) et "nuls de plein droit" (Article 85(2) du Traité de Rome). Il est toutefois prévu que, dans certaines circonstances, de tels accords peuvent être exemptés de l'application de l'article 85(1) s'ils remplissent les conditions stipulées à l'article 85(3) du Traité de Rome, qui se lisent comme suit :

"... qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans

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

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

31. Un trait propre à la législation russe est l'absence de critère d'infraction à priori dans la prohibition des accords; en d'autres termes, les autorités antimonopole en Fédération de Russie peuvent prohiber des accords si elles constatent qu'ils ont ou risquent d'avoir pour conséquence de restreindre notablement la concurrence 51/.

32. La législation australienne interdit la plupart des accords de fixation des prix, le boycottage et certaines formes de relations d'exclusivité. D'ailleurs, c'est aussi le cas en Inde où, aux termes de la Loi sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives, la modalité ou condition d'un contrat de vente de marchandises, ou de tout accord qui prévoit des prix minimaux pour la revente de marchandises, est interdite à priori 52/.

COMMENTAIRE DE LA LISTE INDICATIVE DE PRATIQUES GENERALEMENT INTERDITES

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

33. L'Ensemble de principes et de règles, au paragraphe 3 a) de la section D, proscriit les "accords fixant les prix, y compris les prix à l'exportation et à l'importation".

34. La fixation collusoire des prix est l'une des pratiques restrictives les plus courantes et, qu'elle porte sur des biens ou sur des services, elle est considérée comme une infraction à priori dans de nombreux pays 53/. Elle peut intervenir à n'importe quel stade du circuit de production et de distribution. Elle peut comporter des accords sur les prix des produits primaires, des produits intermédiaires ou des produits finis. Elle peut aussi comporter des accords sur des modalités particulières de calcul du prix, notamment l'octroi de remises et de rabais, l'établissement de listes de prix et de versions différentes de ces listes, et l'échange de renseignements sur les prix.

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

36. Dans le commerce international, il convient de noter que, si la fixation collusoire des prix de biens ou de services vendus sur le marché intérieur a fait l'objet d'un contrôle rigoureux aux termes de la législation sur les pratiques commerciales restrictives, la fixation collusoire des prix à l'exportation, en revanche, a été, dans l'ensemble, admise, au motif qu'elle ne se répercute pas sur le marché intérieur. Dans certains pays, la législation exempte expressément de l'interdiction les cartels d'exportation, à condition qu'ils soient notifiés et enregistrés et ne portent pas préjudice au marché intérieur. Tel est le cas en Allemagne, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis 54/. La participation d'industries nationales à des cartels internationaux est interdite par la législation des Etats-Unis et d'autres pays 55/.

b) Soumissions collusoires 56/

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

38. La soumission collusoire est illégale dans la plupart des pays. Même les pays qui ne possèdent pas de législation spécifique sur les pratiques commerciales restrictives ont souvent une législation spéciale sur les appels d'offres. La plupart des pays traitent la soumission collusoire plus sévèrement que les autres arrangements horizontaux en raison de ses aspects frauduleux, particulièrement de ses effets négatifs sur les achats de l'Etat et les dépenses publiques. En République populaire de Chine, cette soumission sera réputée nulle et non avenue et, selon les circonstances, une amende sera infligée. Au Kenya, par exemple, la soumission collusoire est considérée comme une infraction pénale, passible d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à trois ans, quand deux personnes ou plus soumissionnent pour la vente ou l'achat de biens ou services à un prix ou à des conditions arrêtés ou convenus entre elles, exception faite des soumissions en association communiquées à ceux qui ont lancé l'appel d'offres et acceptables pour eux 57/. En Suède, la Loi sur la concurrence ne renferme pas de dispositions particulières concernant les soumissions collusoires. Ce genre de coopération horizontale tombe sous le coup de l'interdiction générale qui frappe les accords anticoncurrentiels ou les pratiques concertées 58/.

c) Répartition des marchés ou de la clientèle

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

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

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

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

e) Refus concertés d'achat**f) Refus concerté d'approvisionnement**

42. Le refus concerté d'acheter ou d'approvisionner, ou la menace de ce refus, est l'un des moyens le plus couramment employés pour contraindre les entreprises qui ne sont pas membres d'un groupe à adopter l'attitude voulue. Les boycottages collectifs peuvent être horizontaux (les concurrents conviennent entre eux de ne pas vendre à certains clients ou de ne pas acheter à certaines sources) ou verticaux (accords entre des parties situées à des stades différents du circuit de production et de distribution, qui conviennent de refuser de traiter avec un tiers, en général un concurrent de l'une d'elles).

43. Les boycottages sont réputés illégaux dans un certain nombre de pays, en particulier lorsqu'ils visent à faire respecter d'autres arrangements portant, par exemple, sur un prix de revente uniforme ou sur l'exclusivité des échanges mutuels. Ainsi, les boycottages ou listes d'exclusions pour le respect collectif des conditions concernant l'observation d'un prix de revente sont interdits au Royaume-Uni. En Inde, les accords qui restreignent ou gèlent la production de biens 59/ doivent faire l'objet d'une notification,

de même que les accords destinés à assurer le respect de tous autres accords 60/. Aux Etats-Unis, une cour d'appel a estimé que les réassureurs londoniens pouvaient passer en jugement pour boycottage illégal lorsqu'ils étaient convenus de ne pas traiter avec des compagnies d'assurance des Etats-Unis qui offraient des polices concernant des accidents non découverts et non déclarés pendant la validité des polices, contraignant ainsi à l'adoption de polices uniformes "sinistres déclarés" sur tout le territoire des Etats-Unis 61/.

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

45. La Commission européenne applique une politique systématique concernant les importations ou les exportations "parallèles". Elle considère notamment qu'en dépit des accords de distribution exclusive (qui peuvent être acceptés pour des raisons de rationalisation), le commerce parallèle doit toujours être autorisé, car il constitue la seule garantie contre la compartimentation des marchés des Etats membres et l'application de politiques de prix discriminatoires. Les règles d'exemption applicables aux accords d'exclusivité figurant dans le règlement CEE No 1983/83 interdisent expressément toutes restrictions aux importations parallèles et prévoient également que tout distributeur exclusif est responsable des pertes provenant d'un client à l'extérieur de son territoire 62/.

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

46. L'appartenance à des associations professionnelles et commerciales est fréquente dans la production et la vente des biens et services. Ces associations ont généralement certaines règles d'admission et, dans des circonstances normales, quiconque répond aux conditions peut adhérer. Toutefois, les règles d'admission peuvent être rédigées de manière à exclure certains concurrents éventuels, soit en établissant une discrimination à leur égard, soit en appliquant une sorte de "monopole syndical" 63/. Néanmoins, selon un jugement rendu aux Etats-Unis, des préoccupations professionnelles valables peuvent justifier, dans des cas individuels, le refus d'admission à des associations professionnelles 64/.

47. Le refus collectif de l'adhésion à un arrangement peut prendre aussi la forme du refus de l'accès à un moyen nécessaire pour soutenir efficacement la concurrence sur le marché 65/.

II. Autorisation

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

48. La section II du projet d'article 3 traite de l'autorisation, moyen de doter les autorités nationales de pouvoirs discrétionnaires pour apprécier les intérêts nationaux par rapport aux effets de certaines pratiques restrictives sur le commerce ou le développement économique 66/. Les entreprises désireuses de conclure des accords ou arrangements restrictifs du type visé au paragraphe I seraient donc tenues d'aviser l'autorité nationale de tous les faits concernant l'accord pour obtenir une autorisation selon la procédure prévue à l'article 6. Il est à noter que la politique selon laquelle les autorités chargées des questions de concurrence peuvent autoriser des entreprises à suivre certains comportements si elles décident que ces comportements produisent un "avantage public net" s'oppose à la politique selon laquelle les autorités autorisent des pratiques qui "ne produisent pas de préjudice public". Prouver qu'il y a un "avantage public net" risque d'imposer une charge injustifiée de la preuve et de conduire à une interdiction de pratiques favorables à la concurrence 67/. Quelle que soit la politique suivie, il doit y avoir transparence des procédures d'autorisation.

49. Dans la Communauté européenne, par exemple, le Traité de Rome, au paragraphe 1 de son article 85, déclare "incompatibles avec le Marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun". L'interdiction n'est toutefois pas absolue puisque, selon le paragraphe 3 du même article, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables si ces accords ou décisions contribuent à "améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte", sans

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

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

50. La Commission européenne et la Cour de justice des Communautés européennes sont néanmoins généralement peu enclines à autoriser des accords qui relèvent des catégories visées au paragraphe 1 de l'article 85 du Traité de Rome, plus particulièrement pour ce qui est de la répartition des marchés et de la fixation concertée des prix 68/.

51. De nombreuses législations - Allemagne, Espagne 69/, Italie, Japon, Lituanie, Suède, Venezuela, pour ne donner que quelques exemples - prévoient

des possibilités d'autorisation, dans certaines circonstances et pour une durée limitée, notamment des cartels de crise (dénommés "cartels de dépression" en Espagne et au Japon) et des cartels de rationalisation. La législation colombienne cite le cas d'accords de recherche-développement, l'application de la législation sur les normes et mesures, les procédures, méthodes et systèmes relatifs à l'emploi d'installations communes 70/. La Loi de l'Inde sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives cite la défense et la sécurité, l'approvisionnement en biens et services essentiels à la communauté, et les accords conclus par le gouvernement 71/. De même, la nouvelle loi lituanienne mentionne, en termes plus généraux, la réduction continue des prix à la consommation ou l'amélioration de la qualité des marchandises 72/. En Fédération de Russie, ces accords sont licites s'il est prouvé que leurs effets positifs, y compris en matière économique, l'emporteront sur les effets négatifs pour les biens considérés 73/. De son côté, la législation péruvienne prévoit l'autorisation de certains accords restrictifs s'ils contribuent à améliorer l'efficacité de la production et de la commercialisation des biens et des services; à accroître la capacité d'exportation, mais uniquement s'ils sont compatibles avec les traités internationaux; à élever les niveaux de vie dans les régions géographiques exposées à la récession, à condition seulement qu'ils ne faussent pas le jeu de la concurrence 74/. La législation en Slovaquie contient des dispositions qui autorisent des exemptions automatiques à l'interdiction des accords restrictifs. Dans ce pays, si de tels accords satisfont aux critères stipulés par la loi, ils ne peuvent être interdits. La loi n'exige pas de notification de ces accords. La présomption légale est que les accords restrictifs sont interdits à moins que les parties en cause ne prouvent que les critères stipulés par la loi sont satisfaits 75/.

52. De plus, certains secteurs de l'économie peuvent être exonérés de l'application de la loi, par exemple la banque, les équipements collectifs, dont les transports et communications, l'approvisionnement en eau, en gaz, en électricité et en combustible, ces activités étant régies par d'autres lois ou organismes de réglementation. En d'autres termes, l'exonération découle d'une législation spécifique. Ces exceptions sectorielles pourraient relever d'une clause d'exemption au titre du "Champ d'application". Depuis quelques années, cependant, avec la tendance croissante à la "déréglementation", de nombreux pays ont amendé leur législation pour en étendre la portée à des secteurs qui en étaient jusque-là exemptés. Au Royaume-Uni, par exemple, même les services publics appartenant à l'Etat tombent sous le coup de la Loi sur la concurrence et font régulièrement l'objet d'enquêtes. Il en va de même avec la Commission européenne qui, depuis 15 ans maintenant, applique ses règles en matière de concurrence aux entreprises publiques et aux monopoles d'Etat à caractère commercial.

53. Il convient de noter que les législations fondées sur le principe de l'interdiction à priori (celles des Etats-Unis, en général) n'envisagent aucune possibilité d'exception ou d'autorisation et n'ont donc pas de régime de notification pour les pratiques commerciales restrictives horizontales. Toutefois, alors que la législation des Etats-Unis n'habilite pas les organes antitrust à autoriser un comportement contraire à la loi, il existe quantité d'exceptions légales et jurisprudentielles aux lois antitrust des Etats-Unis 76/.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 4

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

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

- i) **Lorsqu'une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou groupes 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.**

54. Les éléments de cet article sont fondés sur le paragraphe 4 de la section D de l'Ensemble de principes et de règles et, comme pour la section I de l'article 3, la doctrine suivie a généralement été celle de l'interdiction de principe lorsque les conditions visées en i) et ii) existent. Cette situation exigera un examen cas par cas pour établir si les actes ou le comportement d'une entreprise entraînent l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur un marché.

55. Par position dominante sur le marché, il faut entendre la mesure dans laquelle une entreprise ou des entreprises agissant ensemble, ou formant une entité économique, dominant ou sont à même de dominer le marché. Le degré de domination peut se mesurer par référence aux parts de marché, au chiffre d'affaires annuel total, au montant des actifs, au nombre de salariés, etc.; il faudrait de plus prendre en considération la capacité d'une ou plusieurs entreprises de faire monter les prix au-dessus (ou de les faire tomber au-dessous) du niveau concurrentiel pendant un laps de temps appréciable. Dans certains pays, la loi précise à partir de quelle part de marché l'entreprise ou le groupe d'entreprises est considéré comme jouissant d'une position dominante ou d'un monopole, et, selon le pays, cette part de marché sert de critère juridictionnel pour entreprendre une enquête ou de critère pour obliger les entreprises à notifier l'autorité compétente 77/. Au Royaume-Uni, par exemple, un monopole est présumé exister si une société vend ou achète 25 % au moins de tous les biens ou services d'un type particulier au Royaume-Uni ou dans une partie définie de celui-ci; la possibilité de monopoles locaux peut donc être examinée 78/. La loi définit aussi un monopole complexe comme une situation où un groupe de sociétés qui détiennent ensemble 25 % du marché se comportent toutes d'une manière préjudiciable à la concurrence 79/. En Pologne, aux termes de la loi, une entreprise assurant plus de 40 % des ventes sur un marché est présumée occuper une position dominante 80/. Selon la Loi de la République tchèque de 1991, la présomption existe quand la proportion atteint 30 % 81/, ce qui est

aussi le cas en Hongrie 82/ et au Portugal 83/. La législation de la Lituanie fixe la proportion à 40 % 84/ et celle de la Fédération de Russie à 65 % 85/. En Allemagne, la législation admet la présomption dans plusieurs hypothèses : une entreprise au moins possède un tiers du marché d'un certain type de biens ou de services commerciaux et a enregistré un chiffre d'affaires d'au moins 250 millions de deutsche marks pendant le dernier exercice terminé; trois entreprises au plus ont une part combinée de marché de 50 % au moins; cinq entreprises au plus ont une part combinée de marché des deux tiers au moins. La présomption ne s'applique pas aux entreprises qui ont enregistré au cours du dernier exercice terminé un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions de deutsche marks 86/. Dans le jugement "Akzo", la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que des parts (de marché) extrêmement élevées étaient en elles-mêmes, sauf circonstances exceptionnelles, la seule preuve de l'existence d'une position dominante 87/.

56. Cependant, il est parfois difficile de formuler des critères précis pour définir une position dominante. Par exemple, dans le jugement "Michelin", la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré qu'en vertu de l'article 86 du Traité de Rome, une position dominante correspondait à une situation de puissance économique donnant à l'entreprise la capacité de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché considéré et de se conduire de façon indépendante par rapport à ses concurrents, à ses clients et, en fin de compte, aux consommateurs 88/. Outre la part du marché, les avantages structurels dont les entreprises bénéficient peuvent avoir une importance décisive. Ainsi, dans l'affaire United Brands, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que l'entreprise avait une forte intégration verticale, que sa politique de publicité axée sur une certaine marque ("Chiquita") lui garantissait une clientèle stable et qu'elle maîtrisait toutes les étapes du circuit de distribution, ce qui lui donnait un avantage considérable sur ses concurrents 89/. La position dominante peut donc résulter d'une combinaison de facteurs qui, pris individuellement, ne seraient pas forcément déterminants.

57. La position dominante sur un marché peut être non seulement celle d'une seule entreprise, mais aussi celle de plusieurs entreprises qui, agissant de concert, pourraient arriver à dominer. Il est évident qu'il s'agit alors de marchés très concentrés, comme un oligopole, où quelques entreprises détiennent une part importante du marché créant et exploitant ainsi des conditions dans lesquelles elles parviennent à dominer le marché ou à y opérer à peu près comme le ferait un monopole. Le même critère a été adopté par la Commission européenne et le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans le jugement "Vetro Piano en Italie" 90/, qui a été suivi du dossier de la fusion entre Nestlé et Perrier 91/. En conséquence, le recours, par ces entreprises, à certaines pratiques telles que les accords de ventes liées, peut parfaitement aboutir, par effet cumulatif, à un abus de position dominante. Au Royaume-Uni, les dispositions relatives aux "monopoles complexes" ne sont pas nécessairement limitées aux situations d'oligopole 92/.

58. L'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sont deux notions très voisines, puisqu'il s'agit de l'abus d'une position dominante sur le marché et de l'acquisition et abus de cette position.

59. Les alinéas a) à f) de la section II de l'article 3 indiquent les comportements présumés abusifs quand une entreprise est en position dominante. Il s'agit par conséquent d'examiner la conduite de l'entreprise (ou des entreprises) dominant le marché, non de contester la légalité de cette domination. En revanche, le maintien et l'exploitation de la position dominante par un comportement abusif sont contestés.

60. Il convient de noter que la jurisprudence aux Etats-Unis a généralement témoigné d'une attitude plus favorable à l'égard des restrictions verticales. La Division antitrust du Département de la justice, dans ses Directives de 1985 définissant la politique applicable à l'égard des restrictions verticales (abrogation en août 1995), indiquait qu'elle n'exercerait pas d'action en justice contre les entreprises recourant à des pratiques verticales si elles détenaient moins de 10 % du marché et que les pratiques verticales d'entreprises dont la part de marché dépassait 10 % ne donneraient pas forcément matière à contestation, mais feraient l'objet d'un examen approfondi fondé sur la notion de "caractère raisonnable" 93/.

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

61. L'une des formes les plus courantes du comportement abusif est généralement dénommée "prix d'agression". Les entreprises adoptent ce comportement pour évincer les concurrents, dans l'intention de conserver ou de renforcer une position dominante. Plus l'entreprise est diversifiée par ses produits et ses marchés et plus ses ressources financières sont grandes, plus il lui est loisible d'adopter un comportement abusif 94/. On trouve un exemple de réglementation des prix d'agression dans la Loi de la République populaire de Chine sur la répression de la concurrence déloyale. Selon ce texte, un opérateur (c'est-à-dire entreprises ou particuliers) ne peut vendre ses produits à un prix inférieur au prix coûtant, à toutes fins d'évincer ses concurrents 95/.

62. Le comportement prédateur ne se limite pas aux prix d'agression ou d'éviction. D'autres actes, tels que l'acquisition d'un concurrent en vue de mettre fin à ses activités, peuvent être réputés prédateurs 96/. Il en va de même de la fixation de prix excessifs, ou du refus, par une entreprise en position dominante, de vendre une matière indispensable aux activités de production d'un client qui est en mesure de lui faire concurrence 97/.

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

63. La fixation de prix discriminatoires est étroitement apparentée aux "prix d'agression". Si la vente à perte peut être prédatrice à l'endroit des concurrents directs, la fixation de prix discriminatoires peut l'être

également, par exemple, dans le cas de remises de quantité, de systèmes de primes ou de rabais de fidélité 98/. En pareilles circonstances, outre les dommages causés aux concurrents directs, la fixation de prix discriminatoires peut faire du tort aux concurrents de l'acheteur favorisé 99/. Néanmoins, il importe aussi de noter que, bien souvent, les remises de quantité correspondent à des prix de contrat réduits ou ont pour objet de faire face à la concurrence et que la pratique ne devrait pas être découragée. Le tort fait aux concurrents de l'acheteur favorisé ne devrait pas en soi préoccuper les autorités compétentes en matière de concurrence, car les lois sur la concurrence sont faites pour protéger la concurrence et non les concurrents.

64. En Inde, les tribunaux ont estimé que les remises discriminatoires de quantité empêchaient, dans une certaine mesure, plusieurs grossistes de concurrencer les principaux fournisseurs, restreignant ainsi la concurrence entre eux 100/. Au Pérou, bien que la législation considère les prix discriminatoires comme un exemple de comportement abusif, elle dispose également que ne constituent pas un abus de position dominante les remises et primes qui correspondent à des pratiques commerciales généralement admises, qui sont accordées en raison de circonstances particulières telles que règlement anticipé, quantité, volume, etc., et qui sont octroyées dans des conditions analogues à tous les consommateurs 101/.

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

66. L'interdiction de discrimination vise aussi les modalités et conditions de fourniture ou d'achat de biens ou de services. Par exemple, la différenciation des facilités de paiement ou des prestations annexes accordées à l'occasion de la vente de biens et de services peut aussi être discriminatoire. Dans la loi australienne, l'interdiction de discrimination ne se limite pas à celle qui se fonde sur le prix, mais vise aussi les crédits, les prestations de services et le paiement des services accompagnant les biens 102/. Il convient aussi de souligner que des modalités et conditions différenciées ne devraient pas être réputées illégales si elles sont fonction de différences de coûts. Plus généralement, l'interdiction faite aux entreprises d'offrir à quelques clients des prix plus avantageux risque de dissuader les entreprises de consentir à quiconque des réductions de prix 103/.

67. Un prix inférieur à la normale pour des biens ou des services pratiqué dans les transactions entre entreprises affiliées (tarification de cession interne) peut aussi servir d'instrument d'éviction contre des concurrents qui sont dans l'impossibilité de s'approvisionner à des prix comparables 104/.

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

68. L'imposition du prix de revente, habituellement par le fabricant ou par le grossiste, est généralement dénommée "fixation du prix de revente".

Cette pratique est interdite dans de nombreux pays, par exemple, les Etats-Unis, l'Inde, l'Italie, la Nouvelle-Zélande 105/, la République de Corée et le Royaume-Uni. En Suède, la fixation du prix de revente, si elle a des répercussions notables sur la concurrence, tombe sous le coup de l'interdiction de la coopération anticoncurrentielle aux termes de la Loi sur la concurrence 106/. Dans la Communauté européenne, elle est aussi normalement interdite si elle est préjudiciable à la concurrence entre les Etats membres.

69. Dans certains Etats, la fixation d'un prix de revente imposé est interdite, mais non celle d'un prix maximal (Royaume-Uni) ou d'un prix recommandé (Etats-Unis et Royaume-Uni). Aux Etats-Unis, le prix recommandé serait illégal s'il était établi qu'une pression directe ou indirecte a été exercée pour le faire respecter. Au Royaume-Uni, bien que les prix recommandés ne soient pas proscrits, le Directeur général de la concurrence peut en interdire l'utilisation trompeuse, par exemple quand des prix indûment élevés sont recommandés pour attirer l'attention sur des rabais apparemment considérables 107/. Au Canada, la publication, par le fournisseur d'un produit, d'une publicité mentionnant un prix de revente du produit est considérée comme une tentative de pousser le prix de vente à la hausse, sauf s'il est clairement indiqué que le produit peut être vendu à un prix inférieur 108/.

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

71. Les refus de vendre sont le moyen de pression le plus couramment employé en cas de non-respect du prix fixé. Pour les prévenir, par exemple, la Commission des Communautés européennes a condamné à une amende une société des Etats-Unis et trois de ses filiales en Europe pour avoir interdit à leurs revendeurs dans l'un des pays européens (Royaume-Uni) d'exporter leur produit (tests de grossesse) qui était vendu nettement moins cher dans ce pays que dans un autre pays européen (République fédérale d'Allemagne) 109/. La législation canadienne interdit expressément de refuser de vendre un produit à une personne ou catégorie de personnes en raison de leur politique de prix bas 110/.

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

72. Cette pratique d'une entreprise ayant une position dominante est interdite aux termes de la section D.4 e) de l'Ensemble. Le propriétaire d'une marque peut renforcer sa position sur un marché par une publicité massive et d'autres procédés de commercialisation. S'il réussit à faire largement accepter et distribuer la marque en question, il peut se trouver en mesure

d'imposer aux distributeurs des produits portant sa marque toute une gamme de pratiques commerciales restrictives. Les marques peuvent être utilisées pour faire appliquer des arrangements de commercialisation exclusive, interdire les importations, répartir les marchés et, parfois, pratiquer des prix excessifs. Cela dit, les entreprises peuvent avoir plusieurs raisons valables pour limiter la distribution des produits portant leur marque, par exemple le souci d'en préserver la qualité et d'empêcher les contrefaçons. Ces mesures sont destinées à protéger aussi bien des droits légitimes de propriété intellectuelle que les consommateurs 111/.

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

74. Au Japon, par exemple, la société Old Parr Co. avait interdit à ses agents de livrer son whisky aux revendeurs qui importaient du Old Parr d'autres provenances ou qui vendaient les produits importés à un prix inférieur au prix fixé par elle. Elle avait apposé sur les emballages des produits livrés par ses agents un repère de contrôle permettant d'identifier les revendeurs qui ne se conformaient pas à ses exigences. La Commission japonaise de la concurrence a enquêté sur l'affaire et estimé qu'il s'agissait d'une pratique commerciale déloyale, qu'elle a donc ordonné à la société Old Parr d'abandonner 112/.

75. A propos des restrictions à l'importation de produits similaires portant légitimement la même marque ou une marque similaire, on peut citer l'affaire Cinzano en République fédérale d'Allemagne. La Cour suprême fédérale a décidé que, lorsque le propriétaire d'une marque a autorisé ses filiales ou des titulaires de licence indépendants dans différents pays à utiliser sa marque et à vendre des marchandises portant cette marque, il ne peut dès lors interdire l'importation des produits mis sur le marché à l'étranger par ses filiales étrangères ou par des titulaires de licence étrangers, même s'il y a une différence de qualité entre ces produits et ceux qui proviennent du propriétaire local de la marque 113/.

76. Comme il est indiqué ci-dessus, une marque de commerce ou de fabrique déposée dans deux pays ou plus peut avoir la même provenance. Dans le cas des produits de marque exportés vers d'autres pays où ils ne sont pas fabriqués, la marque est fréquemment cédée sous licence au distributeur exclusif. Par exemple, la société britannique Watts Ltd., qui produit des articles pour l'entretien des disques, et son distributeur et concessionnaire exclusif aux Pays-Bas, la société Theal B.V. (devenue Tepea B.V.), ont été condamnés à une amende par la Commission des Communautés européennes pour avoir employé la marque en vue d'empêcher des importations parallèles vers les Pays-Bas. La Commission a jugé que les accords de distribution exclusive visaient à assurer à Theal une protection territoriale absolue en excluant toutes les importations parallèles de produits authentiques et que cette protection était renforcée par l'interdiction d'exportation que Watts avait imposée à ses grossistes au Royaume-Uni. Le dispositif, pris dans son ensemble, laissait Theal entièrement libre de fixer les prix des produits importés aux Pays-Bas 114/.

77. Le quatrième type de cas est celui où deux marques différentes sont employées pour un même produit dans des pays différents afin de fragmenter le marché. Dans une action intentée par Centrafarm B.V. contre American Home Products Corporation (AHP), Centrafarm affirmait avoir le droit, en qualité d'importateur parallèle, de vendre sans autorisation aux Pays-Bas, sous la marque "Seresta", des comprimés d'oxazépame fournis par la société AHP et vendus au Royaume-Uni sous la marque "Serenid D", puisqu'il s'agissait du même médicament. Dans cette affaire, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que l'exercice de ce droit pouvait constituer une entrave déguisée au commerce dans la Communauté économique européenne s'il était établi que l'utilisation de marques différentes pour un même produit ou l'interdiction d'apposer une marque de commerce ou de fabrique sur des produits reconditionnés visait à compartimenter le marché et à maintenir des prix artificiellement élevés 115/.

- 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.**

78. Malgré l'interdiction de principe, une dérogation a été envisagée pour les comportements énumérés aux alinéas i) à iv), s'ils ne sont pas en contradiction avec l'objectif de la loi, quand il s'agit d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la sécurité, la qualité et une distribution ou un service satisfaisants. Les gouvernements fixent des normes pour préserver la salubrité, la sécurité et la qualité. Cependant, quand les entreprises invoquent ces normes pour justifier des pratiques d'exclusion, notamment lorsqu'elles occupent une position dominante, il y a lieu de suspecter l'objet de ces pratiques, c'est-à-dire de se demander si elles ne visent pas au monopole. Le cas est encore plus suspect quand les entreprises définissent des normes de leur propre initiative et invoquent des considérations de qualité pour justifier, par exemple, le refus de vendre, les ventes liées et les arrangements de distribution sélective. Les accords de normalisation entre concurrents, s'ils restreignaient l'accès aux marchés, relèveraient de l'article 3. Dans les affaires "Tetra Pak" et "Hilti", la Commission des Communautés européennes a estimé qu'une entreprise détenant une position dominante ne pouvait se substituer aux autorités publiques pour mener une politique de ventes liées ou invoquer des raisons de sécurité sanitaire. Dans les deux cas, sa position a été confirmée 116/.

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

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

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

81. Les refus de traiter qui ont pour but d'appliquer des restrictions potentiellement anticoncurrentielles, telles que des prix de revente imposés et des accords de distribution sélective, suscitent évidemment des préoccupations du point de vue de la concurrence. Ils ne sont cependant pas en soi nuisibles à la concurrence et les entreprises devraient avoir la faculté de vendre et également d'accorder un traitement préférentiel aux acheteurs de longue date, aux entreprises apparentées, aux commerçants qui règlent leurs achats en temps voulu ou qui préserveront la qualité, la réputation, etc. du produit du fabricant 117/. Il en va de même quand l'entreprise annonce d'avance les circonstances dans lesquelles elle refusera de vendre (c'est-à-dire simplement en indiquant le prix souhaité de vente au détail et en se refusant désormais à faire affaire avec tous ceux qui ne s'y conformeraient pas). A ce propos, la Cour suprême des Etats-Unis s'est prononcée dans les termes suivants : "L'objet du Sherman Act est d'interdire les monopoles, contrats et combinaisons qui, selon toute probabilité, entraveraient le libre exercice des droits de ceux qui se livrent, ou souhaitent se livrer, au négoce et au commerce - autrement dit de préserver le droit à la liberté du commerce. En l'absence d'intention de créer ou de perpétuer un monopole, la loi ne restreint pas le droit, depuis longtemps reconnu, d'un commerçant ou d'un fabricant se livrant à des opérations commerciales strictement privées à déterminer librement les parties avec lesquelles il entend traiter; et il peut évidemment faire connaître d'avance les circonstances dans lesquelles il refusera de vendre" 118/.

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

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

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

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

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

85. Les accords conclus entre le fournisseur et son distributeur comportent souvent l'attribution d'un marché précis (répartition des marchés) ou d'une clientèle précise (répartition de la clientèle), c'est-à-dire des restrictions à la revente quant au lieu ou au destinataire. Par exemple, le droit concédé au distributeur peut être limité à la vente du produit en vrac par des grossistes ou à la vente directe à des détaillants. L'objet de ces restrictions est en général de minimiser la concurrence intramarque en empêchant le commerce parallèle par des tiers. Leurs effets se manifestent sur les prix et les conditions de vente, surtout en l'absence d'une forte concurrence intermarques sur le marché. Néanmoins, les restrictions à la concurrence intramarque peuvent être insignifiantes ou favorables à la concurrence si la concurrence entre marques sur le marché considéré est forte 119/.

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

87. Il y a répartition de la clientèle quand le fournisseur exige que l'acheteur ne revende qu'à un type de clients déterminé, par exemple uniquement à des détaillants. Les raisons de cette restriction sont ou bien que le fabricant souhaite préserver ou améliorer la réputation ou la qualité du produit, ou bien que le fournisseur veut peut-être se réserver les ventes par grandes quantités aux gros acheteurs, par exemple les ventes de véhicules aux entreprises qui entretiennent un parc complet ou les marchés avec l'Etat. La répartition de la clientèle peut aussi avoir pour but de limiter les ventes finales à certains points de vente, par exemple aux détaillants agréés remplissant des conditions déterminées. Elle vise parfois à empêcher l'approvisionnement des détaillants à marges réduites ou des détaillants indépendants, afin d'imposer un prix de revente et de réduire le nombre des points de vente et de service.

88. Les accords de répartition des marchés et de la clientèle servent à appliquer des accords d'exclusivité qui permettent aux fournisseurs, s'ils détiennent une position dominante sur le marché du produit considéré, de cloisonner les marchés et de pratiquer ainsi des prix différenciés selon le maximum tolérable sur chaque marché. En outre, les systèmes de distribution

sélective visent souvent à empêcher la revente par le biais d'exportations hors du marché concédé, de crainte qu'une concurrence par les prix ne s'instaure dans des régions où les prix sont fixés au niveau le plus élevé.

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

89. Ce comportement est généralement dénommé "clause de ventes liées". Le produit "lié" peut être dénué de tout rapport avec le produit demandé ou appartenir à la même gamme 120/. Des arrangements de ce genre sont imposés habituellement pour promouvoir la vente de produits qui se vendent mal et, en particulier, de ceux qui sont exposés à une concurrence plus forte de produits de substitution. Le fournisseur joue de sa position dominante sur le marché du produit demandé pour en subordonner la vente à l'acceptation des autres produits. Il peut, par exemple, accorder des rabais de fidélité calculés sur les achats globaux de la gamme complète de ses produits 121/.

90. Il convient de noter que les Etats-Unis ont modifié en 1988 leur législation relative aux brevets de manière 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 122/. Cette mesure législative a, en fait, annulé des décisions antérieures des tribunaux des Etats-Unis selon lesquelles le détenteur d'un brevet devait être présumé détenir une position de force sur le marché. Le Congrès des Etats-Unis a admis que de nombreux produits brevetés sont exposés à une véritable concurrence de produits de remplacement.

f) Fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle 123/, 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 qui en résulte 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.**

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

économique qui peut être horizontale (par exemple, absorption d'un concurrent), verticale (par exemple, entre des entreprises dont l'activité se situe à des stades différents du circuit de fabrication et de distribution) ou hétérogène (entre des entreprises appartenant à des branches différentes d'activité). Dans certains cas, les concentrations sont à la fois horizontales et verticales, et les entreprises intéressées peuvent être originaires d'un seul ou de plusieurs pays.

92. De nombreux Etats (par exemple, Etats-Unis) ont institué un système de notification pour le contrôle des fusions et autres types de prise de contrôle avant que la fusion ne soit chose faite. La notification n'est obligatoire qu'au moment où les entreprises en cause ont atteint, ou vont vraisemblablement atteindre, un certain degré de concentration. Les principaux indicateurs retenus pour juger du degré de concentration de la puissance économique sont les parts de marché, le chiffre d'affaires annuel total, le nombre de salariés et le total des actifs. D'autres éléments de jugement interviennent aussi, dont la structure générale du marché, le degré existant de concentration du marché, les obstacles à l'implantation de nouveaux venus et la position concurrentielle des autres entreprises sur le marché considéré, ainsi que les avantages dont les entreprises intéressées bénéficient déjà et ceux qu'elles retireraient de l'acquisition envisagée. Il importe de noter que les systèmes d'autorisation ne visent nullement à dissuader les entreprises de se lancer dans des activités favorables à la concurrence. Dans la Communauté européenne, l'obligation de notifier une concentration dépend du chiffre d'affaires global au niveau mondial, au niveau de la Communauté ou au niveau national des entreprises considérées 124/.

93. Par exemple, en décembre 1989, les Communautés européennes ont adopté une vaste réglementation relative au contrôle des opérations de concentration. Le règlement exige la notification 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 250 millions d'Ecus dans les Communautés. Ces opérations doivent être notifiées et elles sont suspendues pendant quatre mois si une enquête est ouverte 125/. Les fusions qui n'atteignent pas le seuil fixé pour le chiffre d'affaires peuvent rester assujetties au contrôle des autorités nationales de l'Etat membre 126/. Il y a également des exceptions qui peuvent, le cas échéant, ramener une fusion dans le domaine de compétence d'un Etat membre 127/.

94. La prise de contrôle de caractère horizontal est manifestement le genre d'opération qui contribue le plus directement à la concentration de la puissance économique et qui est le plus propre à créer une position dominante de force sur le marché et, partant, à réduire ou à supprimer la concurrence 128/. C'est pourquoi la législation en matière de pratiques commerciales restrictives, dans de nombreux pays développés et en développement, institue un contrôle rigoureux sur la fusion ou l'intégration d'entreprises concurrentes. De fait, l'un des objets principaux de la législation antimonopole est de maîtriser l'expansion du pouvoir de monopole, qui est souvent le résultat direct de l'intégration de concurrents en une seule entité. Les prises de contrôle de caractère horizontal peuvent aussi se produire par des moyens autres que les fusions : rachats, coentreprises ou directions imbriquées. L'intégration horizontale, même entre petites entreprises, si elle ne fausse pas nécessairement la concurrence sur

le marché, peut néanmoins créer des conditions propres à déclencher une concentration plus poussée de la puissance économique et l'apparition d'oligopoles.

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

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

97. La prise de contrôle de caractère hétérogène, unissant des sociétés qui ne sont ni des concurrents ni des entreprises ayant un lien vertical (c'est-à-dire aux activités tout à fait différentes), est beaucoup plus difficile à maîtriser, car, selon toute apparence, son existence ne devrait pas modifier la concurrence sur les marchés. L'élément le plus important à prendre en considération est dès lors le surcroît de puissance financière que l'opération donnera aux parties en cause. Un renforcement considérable de la puissance financière du nouvel ensemble pourrait élargir son champ d'action et son pouvoir vis-à-vis des concurrents effectifs ou virtuels à la fois de l'entreprise absorbée et de l'entreprise acquéreur, surtout si l'une ou l'autre, ou les deux, occupent une position dominante sur le marché 129/.

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

99. En Australie, par exemple, un texte portant modification de la Loi de 1986 sur les pratiques commerciales, afin de la renforcer et de la rendre plus efficace, en a étendu le champ d'application aux fusions opérées hors frontières par des sociétés étrangères ayant des filiales en Australie. Aux termes du premier alinéa de l'article 50 A, le tribunal peut, à la demande du ministre, de la Commission ou de toute autre personne, constater que la personne détenant, à la suite de l'acquisition d'une société à l'étranger, une participation majoritaire (au sens de l'alinéa 8 de l'article 50 A) dans une ou plusieurs sociétés, dominerait ou risquerait de dominer un marché important de biens ou de services en Australie, et que cette acquisition ne servira pas l'intérêt public. L'expression "marché important de biens ou de services" est utilisée pour bien montrer que la disposition s'applique uniquement aux marchés d'une ampleur analogue à celle des marchés visés par l'article 50.

100. Des exemples intéressants de décision prise contre des fusions opérées hors des frontières nationales, mais ayant des effets sur le territoire

national, sur lesquelles l'Office fédéral allemand des cartels a eu à statuer, sont ceux des affaires Bayer/Firestone et Phillip Morris/Rothmans 130/. Il est à noter que plusieurs cas de pratiques commerciales restrictives ayant eu des incidences dans plusieurs pays se sont produits, qui ont donc été examinés par diverses autorités nationales. Le cas Gillette/Wilkinson est à cet égard particulièrement éloquent 131/.

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

102. Les directions imbriquées peuvent influencer la concurrence de diverses façons. Elles peuvent aboutir à un contrôle administratif tel que les décisions d'investissement et de production conduisent en fait à l'élaboration, entre les entreprises, de stratégies communes en matière de prix, de répartition des marchés et autres activités concertées visées à l'article 3. Les directions imbriquées verticalement sont de nature à entraîner une intégration verticale des activités, par exemple, entre fournisseurs et clients, à décourager l'expansion vers des secteurs concurrentiels et à favoriser des accords de réciprocité entre les entreprises. Les liens entre les organes directeurs d'entreprises financières et de sociétés non financières peuvent être à l'origine de conditions de financement discriminatoires à l'égard des concurrents et faciliter les prises de contrôle de caractère vertical-horizontale ou hétérogène 132/.

103. Il importe de noter que l'imbrication des directions, si elle n'est pas soumise à un contrôle efficace, peut être un moyen de tourner une législation bien conçue et rigoureusement appliquée en matière de pratiques commerciales restrictives 133/. Les Etats souhaiteront donc peut-être envisager de rendre obligatoire la notification des directions imbriquées et de les assujettir à une approbation préalable, que l'imbrication unisse des entreprises concurrentes ou qu'elle soit verticale ou hétérogène.

III. Autorisation

Les actes, pratiques ou opérations 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.

104. L'Ensemble de principes et de règles dispose que, pour déterminer si un acte ou un comportement est abusif, il faudrait examiner son objet et son effet dans la situation de fait. Dans cet examen, il incombe évidemment aux entreprises d'apporter la preuve que leur comportement dans une circonstance donnée est celui qui convient, de même qu'il incombe aux autorités nationales

d'admettre ou non cette preuve. D'une manière générale, pour ce qui est des pratiques énumérées aux alinéas a) à d), il est peu probable, si une entreprise est en position dominante, que leur application soit jugée convenir, eu égard aux effets qu'elles sont de nature à avoir sur la concurrence et le commerce ou sur le développement économique.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 5

Aspects éventuels de la protection des consommateurs

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

105. Dans certains pays, comme l'Australie, la législation sur les pratiques restrictives du commerce renferme un chapitre consacré à la protection du consommateur. Incontestablement, les problèmes posés par la concurrence ont un rapport étroit avec la protection des intérêts économiques des consommateurs. Tel est le cas, par exemple, au Canada, en Inde, en Lituanie et au Venezuela, dont les lois sur la concurrence contiennent des dispositions relatives aux "pratiques commerciales déloyales". Le texte de la loi type ou des lois types de la CNUCED (version 1984), tel qu'il figurait dans le document TD/B/RBP/15/Rev.1, énumérait quelques éléments que les Etats pourraient envisager d'inclure dans leur législation sur les pratiques commerciales restrictives. Toutefois, la tendance actuelle dans les pays qui se dotent de cette législation paraît être à l'adoption de deux lois distinctes, l'une sur les pratiques commerciales restrictives ou la concurrence, l'autre sur la protection du consommateur. Néanmoins, étant donné la parenté des deux corps de lois, leur application relève souvent de la même autorité. C'est notamment le cas en Australie, au Canada, en Colombie, à El Salvador, aux Etats-Unis, en Fédération de Russie, en Finlande, en France, en Hongrie, en Norvège, en Nouvelle-Zélande, au Pérou, en Pologne, au Royaume-Uni et à Sri Lanka.

106. Il importe aussi de tenir compte de la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la protection du consommateur 134/, qui énonce les principes directeurs adoptés à ce sujet en 1985. Il s'agit, entre autres, de mesures destinées à la promotion et à la protection des intérêts économiques des consommateurs, de même que de normes régissant la sûreté et la qualité des biens de consommation et des services; de circuits de distribution des biens et services de première nécessité destinés aux consommateurs; de mesures permettant aux consommateurs d'obtenir réparation; de programmes d'éducation et d'information, etc. A ce propos, les Principes directeurs de l'ONU pour la protection du consommateur mentionnent expressément l'Ensemble de principes et de règles équitables pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives et recommandent aux gouvernements d'élaborer, de renforcer ou de maintenir les mesures de contrôle des pratiques commerciales, restrictives ou autres susceptibles de nuire aux consommateurs, et notamment de prévoir les moyens d'en assurer l'application 135/.

COMMENTAIRE DE 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 admises à demander une autorisation pour les accords ou arrangements relevant des articles 3 et 4 et existant à la date d'entrée en vigueur de la loi, sous réserve qu'ils soient notifiés dans les (... jours/mois) suivant ladite date.
6. Les accords notifiés pourraient entrer en vigueur dès que l'autorisation est accordée ou dès l'expiration du délai fixé pour l'octroi de l'autorisation ou, provisoirement, dès la notification.
7. Tout accord ou arrangement qui n'a pas été notifié pourrait faire l'objet de toutes les sanctions prévues par la loi, au lieu d'être simplement révisé, s'il venait à être découvert et jugé illégal.

107. La formule adoptée pour la loi type est l'interdiction de principe des accords et arrangements restrictifs. En conséquence, elle admet la possibilité d'une dérogation pour des pratiques visées aux articles 3 et 4 qui ne sont pas purement et simplement interdites. La notification est également de mise pour le contrôle des opérations de concentration si elle est prévue par l'article 4 ou par un article distinct de la loi. Il convient toutefois de noter que des dispositions trop rigoureuses en matière de notification et d'enregistrement risquent d'être beaucoup trop lourdes pour les entreprises et pour les autorités compétentes. C'est pourquoi nombre de lois exigeant la notification, en Espagne et en Suède, par exemple, ou bien les règlements de la Communauté européenne, prévoient une dérogation, ou des dérogations globales, pour des pratiques spécifiques ou pour des opérations n'atteignant pas un certain seuil. Il en ira de même en Pologne, aux termes des amendements proposés à

sa législation, actuellement devant le Parlement. En Suède, les dérogations globales sont semblables à celles qui existent dans la Communauté européenne, mais il est venu s'en ajouter une qui concerne certaines formes de coopération dans les chaînes du commerce de détail 136/.

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

- a) le nom et l'adresse officiels de la partie ou des parties en cause;
- b) le nom et l'adresse des administrateurs et du propriétaire ou des copropriétaires;
- c) le nom et l'adresse des (principaux) actionnaires, avec le détail de leur participation;
- d) le nom de toute entreprise mère et de toute entreprise apparentée;
- e) la description des produits ou services visés;
- f) les lieux d'établissement de l'entreprise ou des entreprises, la nature des activités en chaque lieu et le marché ou les marchés, couverts par les activités de l'entreprise ou des entreprises;
- g) la date d'entrée en vigueur de tout accord;
- h) sa durée ou, s'il peut y être mis fin avec préavis, la durée du préavis requis;
- i) les modalités complètes de l'accord, qu'il soit écrit ou verbal; dans ce dernier cas, les modalités, convenues verbalement, seraient consignées.

109. Il appartient aux entreprises qui sollicitent une autorisation de démontrer que l'accord envisagé n'aura pas d'effet contraire à la loi ou ne contrevient pas aux objectifs de la loi.

110. Pour l'autorisation des opérations relevant de l'article 4, les renseignements donnés dans les notifications devraient concerner, par exemple, la part de marché, le total des actifs, le chiffre d'affaires annuel total et le nombre de salariés, y compris ceux des entreprises intégrées ou apparentées, que ce soit horizontalement ou verticalement, pour que l'autorité puisse estimer la force des entreprises intéressées sur le marché. Les entreprises entrant dans la catégorie des "entreprises en position dominante sur le marché" (selon des critères qui devraient être précisés par l'organe de tutelle) et celles qui pourraient, par l'effet des arrangements et pratiques envisagés, répondre à ces mêmes critères, devraient être tenues de notifier tous les détails desdits arrangements et pratiques à l'organe de tutelle.

II. Décision de l'organe de tutelle

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 7**L'organe de tutelle et son organisation****1. Institution et appellation de l'organe de tutelle**

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

115. Dans certains cas, il y a eu fusion de plusieurs organes en un seul réunissant toutes les fonctions à exercer en matière de pratiques commerciales restrictives, de protection du consommateur et de droit des sociétés. C'est le cas au Pakistan, où les pouvoirs publics ont décidé de créer un organisme chargé d'appliquer l'Ordonnance sur les monopoles et d'autres dispositions de la législation commerciale 137/. Il en va de même en Colombie 138/ et au Pérou 139/.

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

116. Il n'est pas possible d'indiquer quel devrait être l'organe compétent. Il n'est pas possible non plus de préciser comment l'organe de tutelle devrait s'intégrer dans l'appareil administratif ou judiciaire des différents pays. C'est à chaque pays d'en décider. Le projet de loi type actuel postule que la formule la plus efficace consisterait probablement en un organisme public quasi autonome, doté de pouvoirs judiciaires et administratifs étendus pour mener des enquêtes, appliquer des sanctions, etc., tout en prévoyant une possibilité de recours devant un organe judiciaire supérieur. Il est à noter que la tendance pour la plupart des autorités chargées des questions de concurrence créées ces dernières années (le plus souvent dans des pays en développement et des pays en transition) est de les doter d'une indépendance administrative aussi grande que possible, ce qui est très important, car cela les protège des influences politiques.

117. Le nombre de membres composant l'organe de tutelle diffère d'un pays à l'autre. Certaines législations ne fixent pas de chiffre précis, mais seulement un minimum et un maximum. Dans d'autres pays (Argentine, Brésil, Bulgarie, Malte, Fédération de Russie, Pérou, Portugal et République de Corée), la loi détermine le nombre de membres. D'autres pays comme l'Australie ont laissé l'autorité compétente fixer ce nombre. Souvent, la loi confie à l'autorité suprême la nomination du Président et des membres de la Commission. Dans d'autres pays, la loi désigne un haut fonctionnaire qui occupe ce poste. En Argentine, le Président de la Commission est un sous-secrétaire au commerce et les membres sont nommés par le Ministre de l'économie 140/. Dans certains pays, comme l'Inde, Malte et le Pakistan, les nominations doivent obligatoirement être publiées au Journal officiel. Certaines législations

fixent la structure interne, le fonctionnement de l'organe et ses règles de travail, alors que d'autres laissent ce soin à l'organe lui-même.

118. On observe dans quelques pays une tendance à un changement partiel ou total d'attitude concernant la provenance des membres des autorités nationales compétentes en matière de pratiques commerciales restrictives. Tel est le cas au Chili où, selon la législation antérieure, les membres de la Commission de décision étaient essentiellement des fonctionnaires de l'administration, alors que, maintenant, la Commission comprend des représentants de l'Université 141/.

3. Qualifications des personnes nommées

119. Plusieurs législations définissent les conditions à remplir pour devenir membre de l'organe de tutelle. Au Pérou, par exemple, les membres de la Commission multisectorielle de la libre concurrence doivent avoir un diplôme professionnel et au moins dix ans d'expérience dans leur spécialité 142/. Au Brésil, les membres du Conseil administratif de la protection économique sont choisis parmi des citoyens réputés pour leurs connaissances juridiques et économiques et leur totale intégrité 143/.

120. Dans un certain nombre de pays, la législation dispose que les personnes considérées ne devraient pas avoir d'intérêts qui puissent entrer en conflit avec les fonctions auxquelles elles seront appelées. Ainsi, en Inde, un membre de l'organe de tutelle ne devrait pas avoir d'intérêts financiers ou autres qui risqueraient de nuire à l'exercice de ses fonctions. En Allemagne, les membres de l'organe de tutelle ne doivent pas être propriétaires, présidents ou membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une entreprise, d'un cartel, d'une association commerciale ou industrielle ou d'une association professionnelle. En Hongrie, le président, les vice-présidents de l'Office de la concurrence économique, ainsi que les hauts fonctionnaires et les membres du Conseil de la concurrence, ne sont pas autorisés à exercer des activités lucratives autres que des activités scientifiques, pédagogiques, artistiques et littéraires, la recherche, ainsi que des activités découlant de relations juridiques en vue de travaux de révision de terminologie et de forme, et ne peuvent pas être cadres supérieurs d'une organisation commerciale ni membres d'un conseil de surveillance ou d'administration 144/. La législation hongroise spécifie aussi que les membres de l'autorité ne peuvent avoir de liens familiaux entre eux et ne peuvent prendre part à une enquête sur un chef d'entreprise si un de leurs proches parents est employé par lui ou a, avec lui, d'autres liens juridiques aux termes de la législation du travail 145/. La législation de l'Italie 146/ et celle du Mexique 147/ renferment des dispositions analogues.

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

121. La durée du mandat des membres de l'organe de tutelle varie d'un pays à l'autre. Actuellement, ils sont nommés pour sept ans en Australie et en Italie, six ans en Hongrie, quatre ans en Argentine, dix ans au Canada et au Mexique, cinq ans en Bulgarie, en Inde, au Royaume-Uni et au Pakistan.

En Lituanie, la loi stipule un mandat de trois ans. Au Brésil, il est de deux ans, tandis qu'ailleurs, comme au Pérou, la durée est indéterminée. Dans beaucoup de pays, comme la Thaïlande, la République de Corée, l'Argentine, l'Inde et l'Australie, le mandat est renouvelable; au Brésil, il l'est une fois seulement.

5. Destitution de membres de l'organe

122. Dans plusieurs pays, la législation désigne une autorité compétente habilitée à destituer un membre de l'organe de tutelle qui a commis certains actes ou qui ne satisfait plus aux conditions de la fonction. Par exemple, l'incapacité physique est un motif de destitution en Hongrie, en Thaïlande, en République de Corée et en Inde, comme le sont la faillite en Thaïlande, en Inde et en Australie. Au Mexique 148/, il ne peut y avoir destitution qu'en cas de mise en accusation et de condamnation pour délit grave relevant du droit pénal ou de la législation du travail. D'autres motifs de destitution sont l'abus de pouvoir et l'acquisition d'intérêts annexes en Inde, le manquement aux obligations inhérentes aux fonctions de membre de l'organe de tutelle en Argentine et en Australie, l'absentéisme, en Australie. La condamnation à une peine de prison est aussi un motif de destitution, en Hongrie 149/ et en Thaïlande par exemple 150/. En République populaire de Chine, un membre de l'organe d'Etat chargé de la surveillance et de l'examen des cas de concurrence déloyale qui commet des irrégularités pour des motifs personnels et protège délibérément un entrepreneur contre des poursuites, sachant parfaitement que celui-ci a contrevenu aux dispositions de la législation chinoise, ce qui constitue une infraction pénale, fait l'objet de poursuites pour responsabilité pénale conformément à la loi 151/. La procédure de destitution varie selon les pays.

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

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

7. Nomination du personnel nécessaire

124. Il existe plusieurs formules pour la nomination du personnel de l'organe de tutelle. Dans certains pays, comme le Pakistan et Sri Lanka, l'organe nomme lui-même son personnel. Dans d'autres, cette prérogative appartient au gouvernement.

COMMENTAIRE DE 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 indicatif) :

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

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

126. L'organe de tutelle peut agir de sa propre initiative ou après avoir recueilli certaines indications de l'existence d'une pratique restrictive, à la suite, par exemple, d'une plainte formulée par un individu ou une entreprise. Les renseignements recueillis par d'autres services administratifs comme ceux du fisc, du commerce extérieur, des douanes ou du contrôle des changes, s'il y a lieu, peuvent aussi être source de renseignements. L'Ensemble de principes et règles précise que les Etats devraient instituer des procédures, ou améliorer les procédures existantes, aux fins d'obtenir des entreprises les renseignements nécessaires au contrôle efficace des pratiques commerciales restrictives. L'organe de tutelle devrait aussi être habilité à enjoindre aux personnes ou aux entreprises de communiquer des renseignements et à demander et recevoir des témoignages. Au cas où ces renseignements ne seraient pas présentés, il serait possible d'envisager la délivrance d'un mandat de perquisition ou de solliciter une décision judiciaire pour exiger la production des renseignements et/ou permettre l'entrée dans les locaux où les renseignements sont supposés se trouver. Enfin, il est indispensable de mentionner que dans le cours des enquêtes, les règles et principes généraux concernant le respect de la légalité, qui, dans de nombreux pays, est une obligation constitutionnelle, doivent être strictement respectés 152/.

127. Dans de nombreux pays, dont l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, la Fédération de Russie, la Norvège, le Pakistan et le Pérou, ainsi que dans la Communauté européenne, l'organe de tutelle a le pouvoir d'enjoindre aux entreprises de donner des renseignements et d'autoriser un membre de son personnel à pénétrer dans des locaux pour rechercher les renseignements pertinents. Toutefois, l'entrée dans des locaux peut être soumise à certaines conditions. En Argentine, par exemple, il faut une décision judiciaire pour pénétrer au domicile d'un particulier, tandis qu'en Allemagne, la perquisition, normalement subordonnée à une décision judiciaire, peut avoir lieu en l'absence de cette décision s'il y a "danger à surseoir".

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

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

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

129. L'organe de tutelle pourrait faire lui-même des études avec le concours d'experts ou commander des études à l'extérieur. Au Brésil, par exemple, la loi prévoit que le Bureau du droit économique du Ministère de la justice réalise des études et des travaux de recherche en vue d'améliorer les politiques antitrust 153/. Certaines législations font expressément obligation à l'organe de tutelle de procéder à certaines études particulières. Ainsi, en Thaïlande, l'office qui s'occupe des cas de fixation des prix et de la lutte antimonopole a le pouvoir et l'obligation de faire des études, des analyses et des recherches sur les marchandises, les prix et les opérations commerciales 154/; en Argentine, la Commission peut établir des études sur les marchés et notamment faire des recherches sur la manière dont leur comportement se répercute sur les intérêts des consommateurs, tandis qu'au Portugal le Conseil de la concurrence peut demander à la Direction générale de la concurrence et des prix d'entreprendre des études appropriées pour pouvoir formuler des avis à soumettre au Ministre chargé du commerce 155/. L'organe de tutelle pourrait informer régulièrement le public de ses activités. Les rapports périodiques sont utiles à cette fin et la plupart des pays qui ont une législation sur les pratiques commerciales restrictives publient au moins un rapport annuel.

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

130. Les lois de la plupart des pays qui ont des procédures de notification prévoient un système quelconque d'enregistrement qui doit se caractériser par sa transparence. C'est le cas, par exemple, en Espagne, avec le Registre pour la préservation de la concurrence 156/, et en France, au niveau de la Direction générale de la concurrence 157/. Quelques pays tiennent un registre public où sont inscrits certains, mais non la totalité, des renseignements fournis à l'occasion des notifications. L'utilité d'un registre public repose sur la conviction que la publicité peut avoir un certain effet dissuasif sur les entreprises qui se livrent à des pratiques commerciales restrictives et donne en outre la possibilité aux personnes victimes de ces pratiques de s'informer à leur sujet. Ces personnes peuvent aussi formuler des plaintes précises et signaler toute inexactitude dans les renseignements notifiés. Toutefois, les renseignements qui sont notifiés ne peuvent pas tous être consignés au registre, attendu notamment que certains porteront sur des "secrets commerciaux", dont la divulgation pourrait nuire aux opérations de l'entreprise intéressée. Les informations sensibles relatives aux opérations commerciales entre les mains des autorités qui s'occupent de la concurrence ne peuvent pas être excessivement exploitées, car une atteinte à leur caractère confidentiel dissuaderait fortement les milieux d'affaires de donner rapidement satisfaction à des demandes raisonnables de renseignements.

e) Etablir des règlements et les promulguer

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

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

132. En raison de la spécialisation très poussée et de l'expérience unique de l'organe de tutelle en matière de concurrence, un nombre croissant de lois ou amendements nouveaux lui confèrent une responsabilité supplémentaire, celle de donner des avis sur les projets de lois qui peuvent avoir des conséquences pour la concurrence, ainsi que d'étudier et de soumettre au gouvernement les propositions qui conviennent pour amender la législation relative à la concurrence. Tel est le cas, par exemple, en Bulgarie, au niveau de la Commission de protection de la concurrence 158/, au Portugal, où le Conseil de la concurrence peut formuler des opinions et donner des avis et directives relativement aux questions de concurrence 159/, en Espagne, au niveau du Tribunal pour la protection de la concurrence 160/ et au Mexique, au niveau de la Commission fédérale de la concurrence 161/.

g) Favoriser les échanges de renseignements entre Etats

133. L'Ensemble de principes et de règles fait obligation aux Etats de mettre en place, aux niveaux régional et sous-régional, des mécanismes appropriés pour favoriser l'échange de renseignements sur les pratiques commerciales restrictives. Il serait souhaitable de donner à l'organe de tutelle le pouvoir d'encourager ces échanges en en faisant expressément l'une de ses fonctions. Aux termes de la législation belge, par exemple, il est possible de communiquer les documents et renseignements nécessaires aux autorités étrangères compétentes en matière de concurrence, dans le cadre d'accords de réciprocité aux fins de l'entraide concernant les pratiques compétitives 162/. L'échange de renseignements et des consultations sont aussi prévus dans des accords bilatéraux entre les Etats-Unis et l'Allemagne, l'Australie et la Commission des Communautés européennes, de même qu'entre la France et l'Allemagne. Ils sont en outre prévus au paragraphe 4 de la section F de l'Ensemble.

II. Caractère confidentiel

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

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

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

134. Conformément au paragraphe 5 de la section E de l'Ensemble de principes et de règles, les renseignements qui contiennent des secrets commerciaux légitimes devraient être entourés des garanties raisonnables normalement applicables dans ce domaine, en particulier pour en protéger le caractère confidentiel. Les renseignements confidentiels communiqués à l'organe de tutelle ou obtenus par lui peuvent également être protégés, en général, par la législation nationale relative au caractère confidentiel des secrets commerciaux. Néanmoins, dans quelques pays tels que le Mexique ^{163/}, la Norvège ^{164/} et le Portugal ^{165/}, la législation renferme des dispositions spéciales concernant le caractère confidentiel des éléments de preuve recueillis en cours d'instance.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 9

Sanctions et réparation

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

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

135. La section II de l'article 9 énumère un certain nombre de sanctions envisageables pour les infractions mentionnées dans la section I.

II. Les sanctions pourraient notamment être les suivantes :

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

136. Le pouvoir d'imposer des amendes aux entreprises et aux individus peut être attribué soit à l'organe de tutelle, soit à l'autorité judiciaire, soit encore être réparti entre les deux. Dans ce dernier cas, par exemple, le pouvoir d'imposer des amendes dévolu à l'organe pourrait se limiter à la répression de comportements tels que le refus de donner des renseignements, la communication de renseignements faux et le défaut de notification d'un accord. Dans des pays comme l'Allemagne, le Brésil, la Fédération de Russie, la Hongrie, le Japon, la Lituanie, le Mexique, la Norvège, le Pakistan et le Pérou, ainsi que dans la Communauté européenne, les organes de tutelle ont le pouvoir d'imposer des amendes. En Australie et aux Etats-Unis d'Amérique, ce pouvoir appartient aux tribunaux. Le montant maximal des amendes varie évidemment d'un pays à l'autre.

137. Les amendes peuvent aussi varier selon le type d'infraction (Inde et Portugal) ou selon que l'infraction a été commise intentionnellement ou par négligence (Allemagne et Communauté européenne), ou elles peuvent être fixées à un montant défini et/ou par rapport au salaire minimum ou de référence (Brésil, Fédération de Russie, Mexique, Pérou), et/ou calculées par rapport aux bénéfices réalisés à la suite de l'infraction (Allemagne, Chine, Hongrie et Lituanie). Au surplus, dans certains pays, comme l'Allemagne, une infraction peut être punie d'une amende atteignant trois fois les gains supplémentaires obtenus par suite de l'infraction. Des dommages-intérêts du triple sont également importants dans les affaires de fixation des prix aux Etats-Unis. Au Pérou, en cas de récidive, l'amende peut être doublée 166/.

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

139. Dans la répression des pratiques restrictives, la tendance récente a été de chercher à dissuader en imposant de très fortes amendes aux sociétés. Dans la Communauté européenne, la Commission peut infliger des amendes allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel (tous produits confondus) des entreprises incriminées. Ainsi, en 1991, la société Tetra Pak a été condamnée à payer une amende de 75 millions d'Ecus pour infraction à l'article 86 du Traité de Rome (abus de position dominante). Cette rigueur à l'égard d'infractions à la législation communautaire sur la concurrence a récemment été confirmée dans le cas de trois cartels (barres en acier, carton et ciment), qui ont été condamnés en 1994 à des amendes de 104 millions d'Ecus, 132,15 millions d'Ecus et 248 millions d'Ecus, respectivement 167/. 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 d'infraction à la législation antitrust 168/. Le Japon a adopté une législation qui autorise à imposer des amendes allant jusqu'à 6 % de la valeur totale du commerce lésé sur une période de trois ans. En application de cette loi, la Commission japonaise de la concurrence a infligé en 1991 une amende de 80 millions de dollars à un cartel du ciment 169/.

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

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

141. Dans des pays comme l'Argentine et le Canada où les autorités judiciaires sont responsables des décisions prises en application de la législation sur les pratiques commerciales restrictives, les tribunaux peuvent prononcer des peines d'emprisonnement allant jusqu'à six ans (Argentine) et deux ans (Canada). Aux Etats-Unis, les infractions pénales sont limitées aux infractions à priori bien définies et aux comportements manifestement

anticompétitifs : fixation collusoire des prix, truquage des offres et répartition des marchés. Seul le Sherman Act prévoit des sanctions pénales (infractions visées aux articles premier et 2) et une infraction peut être poursuivie en tant que crime passible d'une amende pour une personne morale et de trois ans de prison pour un particulier. L'application, par la Division antitrust du Gouvernement des Etats-Unis, des sanctions pénales prévues par le Sherman Act est régie par les codes pénaux fédéraux généraux et par le Règlement fédéral de procédure pénale 170/.

iii) Ordonnances avant faire droit ou de mesure provisoire

142. En Hongrie, si une pratique illégale menace de causer un préjudice imminent, le Conseil de la concurrence peut enjoindre à la personne qui est à l'origine de la menace de renoncer à cette pratique ou peut lui ordonner de prendre les mesures nécessaires pour éviter ledit préjudice et, si besoin est, pour donner des sauvegardes 171/.

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

143. Quand les Etats-Unis ont limité les importations de récepteurs de télévision en couleur en provenance de la République de Corée, 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 de la concurrence a ordonné aux sociétés de mettre fin à la fixation collusoire des prix et a exigé qu'elles présentent des excuses dans un journal local 172/.

144. Dans le cadre et à titre de mesure additionnelle, on peut envisager la possibilité de publier des mesures conservatoires, de même que la décision finale imposant la sanction, quelle qu'elle soit, que les autorités administratives ou judiciaires ont jugé convenable, comme c'est le cas en France et dans la Communauté européenne 173/. Les milieux d'affaires et, en particulier, les consommateurs seraient ainsi en mesure de savoir si telle ou telle entreprise a adopté un comportement illégal.

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

145. Cette disposition est appliquée au Mexique, où la Commission peut ordonner la "déconcentration partielle ou totale" de la fusion 174/. Aux Etats-Unis, le démantèlement est appliqué dans le cas de fusions et acquisitions illégales 175/. Il est à noter que les pouvoirs de démantèlement pourraient être étendus aux situations de position dominante 176/.

vi) Restitution aux consommateurs lésés;

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

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 10

Recours

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

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

147. Le droit d'une personne de recourir contre la décision de l'organe de tutelle est prévu expressément dans la loi de la plupart des pays (par exemple Lituanie 177/ et Fédération de Russie 178/) ou, sans faire l'objet d'une mention expresse, peut exister automatiquement par l'effet des codes de procédure civile, pénale ou administrative (par exemple, Colombie 179/ et Portugal 180/). La législation sur la concurrence dans de nombreux pays prévoit divers motifs d'examen en recours, y compris l'examen (selon diverses normes) des constatations de fait et des conclusions de droit consignées dans la décision initiale 181/. Dans d'autres pays, le recours n'est possible que dans les cas expressément mentionnés dans la loi sur la concurrence, comme par exemple pour les décisions du Tribunal de la concurrence en Suède 182/.

148. Le recours peut porter sur une réouverture du dossier ou se limiter, comme au Brésil, en Inde et au Pakistan, à un point de droit. Les recours peuvent être adressés aux tribunaux administratifs (Colombie et Venezuela) ou aux tribunaux judiciaires (Italie, Lituanie et Espagne), ou aux uns et aux autres, comme en Fédération de Russie, où le recours peut être adressé à un tribunal ordinaire ou à un tribunal d'arbitrage 183/. A ce propos, un tribunal administratif spécial peut aussi être créé comme, par exemple, en Australie 184/, au Danemark 185/, au Kenya 186/, au Pérou 187/, et en Espagne 188/. En Inde et au Pakistan, les recours sont soumis directement à la Cour suprême et à la Haute Cour, respectivement. Il en va de même au Pérou, où les recours vont directement à l'instance supérieure de la circonscription de Lima. En Allemagne, les recours en matière de fusions peuvent être portés soit devant l'appareil judiciaire du pays, soit directement devant le Ministre des affaires économiques. En Autriche, les recours vont au Tribunal supérieur des cartels qui émane de la Cour suprême de justice.

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

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 11

Action en dommages-intérêts

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

150. La disposition proposée donnerait le droit à un particulier, ou à l'Etat pour le compte d'un particulier, ou à une entreprise, d'introduire une instance en cas d'infraction, pour recouvrer le montant des dommages subis, y compris dépens et intérêts. L'action civile se déroulerait normalement devant l'autorité judiciaire compétente, comme c'est le cas dans la Communauté européenne, à moins que les Etats n'habilitent expressément l'organe de tutelle à cette fin. La législation d'un certain nombre de pays développés dispose que l'Etat peut engager des poursuites au nom de ses ressortissants 189/. Ce sont là des "actions collectives", dans lesquelles les utilisateurs ou consommateurs d'un service ou d'un bien déterminé qui ont subi un dommage du fait d'un comportement anticoncurrentiel et dont les créances individuelles seraient trop modestes ont le droit d'intenter une action contre des entreprises. Le cas est prévu dans les législations du Canada, des Etats-Unis et de la France.

151. Dans certains pays, les concurrents ou les personnes lésées de manière générale sont autorisés à intenter une action pour atteintes à l'ordre économique, notamment la fixation collusoire des prix, les "prix d'agression" et les ventes liées. Les lois de la Hongrie 190/, du Mexique 191/, du Pérou 192/ et du Venezuela 193/ vont dans ce sens.

Notes

- 1/ Conclusions concertées du Groupe intergouvernemental d'experts à sa quatorzième session (TD/B/RBP/L.68/Rev.1), première partie, alinéa d).
- 2/ Voir, par exemple, Colombie, Finlande, Inde, Royaume-Uni.
- 3/ Voir Chili, Thaïlande.
- 4/ Voir Canada, Danemark, Lituanie, Mexique, Norvège, Royaume-Uni, Suède.
- 5/ Loi sur la concurrence, 1986, article 1.1.
- 6/ Loi sur la concurrence, 1989, article premier.
- 7/ Loi No 65, du 11 juin 1993, sur la concurrence dans les activités commerciales, article 1.1 (Buts de la loi). Cette loi, dénommée Loi sur la concurrence, est entrée en vigueur le 1er janvier 1994.
- 8/ Décret législatif No 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, article 2.
- 9/ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits, article premier.
- 10/ Loi sur la concurrence (1993:20), du 14 janvier 1993, article premier.
- 11/ Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 U.S. 1, 4, 78 S.Ct. 514, 517, 2 L. 2ème édition 545, 549 (1958).
- 12/ Loi visant à favoriser et à protéger l'exercice de la libre concurrence, article premier.
- 13/ Décision 285 de la Commission de l'Accord de Carthagène, article premier.
- 14/ Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité de Rome). Rome, 25 mars 1957. Articles 2 et 3 f) en particulier.
- 15/ Trade Practices Act, 1974, tel qu'amendé, article 45.
- 16/ Article 10 de la Loi fédérale sur la concurrence économique.
- 17/ Voir TD/B/RBP/15/Rev.1, par. 24 à 26.
- 18/ Il convient de noter qu'une autorité de protection de la concurrence, tout particulièrement si c'est un organe administratif indépendant, n'aura pas la mission politique de déterminer comment certaines restrictions seraient contraires à "l'intérêt national" ou influenceraient "le développement économique général" d'un pays. C'est pourquoi les autorisations devraient se fonder en principe sur le souci de préserver la concurrence. Ou alors, les gouvernements pourraient envisager la possibilité que leurs autorités nationales soient habilitées à les aider à rédiger

une législation nouvelle ou à amender ou réviser les dispositions de la législation existante qui risqueraient de fausser la concurrence, ainsi qu'il est mentionné à l'article 8.I f) de la loi type, et à donner leur avis consultatif sur toute mesure proposée qui pourrait nuire à la concurrence.

19/ Tel est le cas en Finlande, où la législation dispose qu'"une pratique restrictive est réputée avoir des effets préjudiciables si, d'une manière jugée inadmissible du point de vue d'une concurrence économique saine et efficace, ...", Loi sur les pratiques commerciales restrictives (709/1988), article 7; en Lituanie, dont la législation prohibe "les activités d'entités économiques ayant une position dominante sur le marché qui restreignent ou peuvent restreindre la concurrence en portant atteinte aux intérêts économiques", Loi sur la concurrence, 1992, article 3 1); au Pérou, dont la législation prohibe "les actes et comportements ... portant atteinte à l'intérêt économique général", Décret législatif No 701 de 1992 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, article 3.

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

21/ Standard Oil Co. of California and Standard Stations Inc. v. United States, Cour suprême des Etats-Unis, 1949, 337 U.S. 293, 199 S.Ct. 1051, 93 L.Ed. 1371.

22/ Renseignements fournis par le Gouvernement britannique.

23/ Des producteurs pourraient, aux termes d'un accord anticoncurrentiel, éviter d'opérer dans des secteurs particuliers, ce qui ne serait pas une raison pour définir de façon étroite un marché géographique (commentaire transmis par le Gouvernement britannique).

24/ Générale sucrière, etc., c. Commission des Communautés européennes, Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 15 décembre 1975, Journal officiel des Communautés européennes, No 43, 25 février 1976.

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

26/ Avec la Loi sur les pratiques restrictives et son mode d'application par décision judiciaire, la législation du Royaume-Uni est particulièrement rigoureuse. Si un employé ou un gestionnaire aide ou encourage son entreprise à contrevenir à une décision judiciaire, il peut être tenu pour personnellement responsable d'avoir aidé et encouragé un refus

d'obéissance aux ordonnances d'un tribunal. Ce peut être une perspective extrêmement dissuasive, mais il n'est nullement certain qu'il soit officiellement admissible que des particuliers soient passibles d'amendes ou d'autres sanctions si la procédure offre de solides protections et si la loi qu'ils sont censés respecter est dépourvue d'ambiguïté (renseignements communiqués par le Gouvernement du Royaume-Uni).

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

28/ Le droit de la propriété intellectuelle concerne les droits juridiques associés à l'effort de création ou à la réputation et à la clientèle commerciales. Le domaine de la propriété intellectuelle est extrêmement vaste et englobe les oeuvres littéraires et artistiques, les films, les programmes d'ordinateur, les inventions, les dessins et les marques utilisées par des producteurs et des vendeurs de biens et de services. La loi empêche le copiage ou l'exploitation inéquitable du travail ou de la réputation d'autrui et prévoit des mesures correctives le cas échéant (David Bainbridge, Intellectual Property, Pitman Publishing, Londres, 1994, 2ème édition). Il existe plusieurs formes de droits ou domaines du droit donnant lieu à des droits qui constituent ensemble la propriété intellectuelle. Selon les résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay (Acte final du Cycle d'Uruguay et Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce), la propriété intellectuelle concerne les catégories qui sont reprises dans les sections 1 à 7 de la deuxième partie de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) : droits d'auteur et droits connexes, marques de fabrique ou de commerce, indications géographiques, dessins et modèles industriels, brevets, schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés et protection des renseignements non divulgués (secrets commerciaux). Devront également être considérés comme relevant de la protection de la propriété intellectuelle tous cas de concurrence déloyale (lorsqu'ils comportent une infraction à un droit exclusif) visés à l'article 10 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1967). Il est en outre important de prendre note de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (1971) et de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (1961) - "Convention de Rome".

29/ Décret royal No 157/1992, du 21 février 1992, précisant la loi No 16/1989, du 17 juillet 1989, concernant les exemptions par catégorie, les autorisations exceptionnelles et un registre pour la préservation de la concurrence. BOE 29 février 1992 (RCL 1992, 487). Article 1 f) en particulier.

30/ Section 144 de la loi intitulée "Copyright, Patents and Designs Act 1998" et section 51 de la loi intitulée "Patents Act 1977". Renseignements fournis par le Gouvernement britannique.

31/ Règlement (CEE) No 2349/84, du 23 juillet 1984, sur les accords de concession de brevets; règlement (CEE) No 4087/88, du 30 novembre 1988 sur les accords de franchisage; règlement (CEE) No 556/89, du 30 novembre 1988, sur les accords de concession de savoir-faire.

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

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

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

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

36/ Voir Département de la justice des Etats-Unis, Directives de 1988 pour l'application des lois antitrust dans les opérations internationales, articles 62 et 63.

37/ Monopolies and Restrictive Trade Practices (Control and Prevention) Ordinance, 1970, telle qu'amendée jusqu'en 1983, article 2 1) a).

38/ The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act, 1969, tel qu'amendé jusqu'à la Loi No 58 de 1991, article 2 a).

39/ Maintenance and Promotion of Competition Act, 1979, article 1 x) a).

40/ Loi du 24 février 1990 sur l'élimination des pratiques de monopole, article 2 3) b).

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

42/ La Loi de 1989 sur la protection de la concurrence, notamment en son article premier, mentionnait des "comportements prohibés".

43/ Décret législatif No 701 de 1992 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, article 6.

44/ Loi de 1991 visant à favoriser et à protéger l'exercice de la libre concurrence, article 5.

45/ Décision 285 de la Commission de l'Accord de Carthagène, Normes visant à prévenir ou corriger les distorsions de la libre concurrence causées par des pratiques restrictives de la concurrence, article 3.

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

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

48/ Décision 285 de la Commission de l'Accord de Carthagène, article 4 f).

49/ Monopolies and Restrictive Trade Practices Act, 1969, tel qu'amendé jusqu'en 1991, article 32.

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

51/ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits, articles 6 1) et 8.

52/ Renseignements communiqués par le Gouvernement indien.

53/ Outre les Etats-Unis, un certain nombre de pays, par des amendements récemment apportés à leur législation, ont fait des accords fixant les prix et des soumissions collusoires une infraction à priori. Voir, par exemple, la Loi suédoise sur la concurrence de 1993 (1993:20), article 6 2).

54/ Webb-Pomerene Export Trade Act de 1918 et Export Trading Company Act de 1982. Il convient de noter que la législation antitrust des Etats-Unis (à travers le Foreign Trade Antitrust Improvements Act de 1982, 15 U.S.C

par. 6 a)) s'applique aux effets anticoncurrentiels sur les marchés d'exportation des Etats-Unis et non pas uniquement sur leur marché intérieur. D'autre part, les coentreprises constituées aux termes du Export Trading Company Act des Etats-Unis ne peuvent être qualifiées de "cartels d'exportation", parce qu'elles ne détiennent pas une position dominante sur les marchés intérieurs ou étrangers; ce sont plutôt des coentreprises axées sur l'exportation, dont les activités sont circonscrites de façon à ne pas avoir de répercussions contraires à la concurrence sur les marchés des Etats-Unis (renseignements communiqués par le Gouvernement des Etats-Unis).

55/ Concernant les ententes à l'exportation, la législation antitrust des Etats-Unis (aux termes de la section 6a de la loi intitulée "Foreign Trade Antitrust Improvement Act" de 1982) s'applique aux effets anticoncurrentiels sur les marchés d'exportation et le marché intérieur des Etats-Unis. Il est également à noter que les coentreprises constituées en vertu de la loi intitulée "United States Export Trading Company Act" ne peuvent être considérées comme des "ententes à l'exportation", car elles ne possèdent pas de puissance commerciale sur les marchés intérieurs ou extérieurs des Etats-Unis; il s'agit plutôt de coentreprises à vocation exportatrice dont les activités sont soigneusement délimitées de façon qu'elles n'aient pas d'effets anticoncurrentiels sur les marchés des Etats-Unis (commentaire émanant du Gouvernement des Etats-Unis).

56/ Voir "Soumissions collusoires" - Etude du secrétariat de la CNUCED (TD/B/RBP/12).

57/ The Restrictive Trade Practices, Monopolies and Price Control Act, No 14, 1988, article 11 4).

58/ Renseignements communiqués par le Gouvernement suédois.

59/ The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act, article 33, sect. 1, par. 9.

60/ Ibid., par. 1.

61/ Dans l'affaire Insurance Antitrust Litigation, DKT 89-16530, signalée dans 60 BNA ATRR 909, 27 juin 1991.

62/ Commentaire émanant de la Commission des Communautés européennes. Les règles d'exemption applicables aux accords de distribution exclusive renvoient au règlement (CEE) No 1983/83 sur l'application de l'Article 85(3) du Traité de Rome à des catégories d'accords de distribution exclusive. Journal officiel L73, 30 juin 1983, p. 1; rectificatif OJ L281, 13 octobre 1983, p. 24.

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

64/ Wilk v. American Medical Association, 1987, 2CCH Trade Cas., article 67,721 (N.D. Ill., 1987).

65/ Par exemple, la Bourse de New York avait ordonné à un certain nombre de ses membres de supprimer leurs liaisons téléphoniques directes privées avec un organisme non membre, sans donner à celui-ci le moindre préavis, la moindre raison de cette décision, ou la moindre possibilité de présenter ses arguments. Le plaignant (un négociant en titres) a fait valoir que la Bourse de New York, en violation des articles 1 et 2 de la loi Sherman, avait conspiré avec ses sociétés membres pour le priver des services de communications téléphoniques et de téléscripateur dont il bénéficiait précédemment et que cela était préjudiciable à ses affaires du fait de l'incapacité d'obtenir des cotations boursières rapidement, de la gêne occasionnée aux autres courtiers qui l'appelaient et du déshonneur que lui causait la mesure prise par la Bourse de New York. La Cour suprême a statué qu'en l'absence de toute justification découlant de l'application d'un quelconque règlement, la Bourse de New York avait agi en violation de la loi Sherman, que la loi sur les transactions boursières ne contenait aucune exemption antitrust expresse pour les échanges boursiers et que le refus collectif de maintenir des télécommunications privées avait lieu dans des conditions totalement injustifiables, en l'absence de procédures équitables. Silver v. New York Stock Exchange. Cour suprême des Etats-Unis, 1963. 373 U.S. 341, 83 S.Ct. 1246, 10 L.Ed.2d 389 (1963). Pour de plus amples détails, voir : idem, par. 55.

66/ L'expression "servira l'intérêt public" à la fin du projet d'article pourrait être remplacée par "ne portera pas atteinte à l'intérêt public", ce qui permettrait d'éviter d'imposer aux entreprises une charge injustifiée de la preuve et serait propice à l'adoption de pratiques favorables à la concurrence (observation présentée par le Gouvernement des Etats-Unis).

67/ Commentaire émanant du Gouvernement des Etats-Unis.

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

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

70/ Décret 2153, du 30 décembre 1992, relatif à la Surintendance de l'industrie et du commerce, article 49.

71/ The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act, article 32.

72/ Loi sur la concurrence, 1992, article 5.

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

74/ Décret législatif No 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, 1992, article 7.

75/ Loi No 188/1991, du 8 juillet 1991, sur la protection de la concurrence économique; article 5. Renseignements fournis par le Gouvernement slovaque.

76/ Observation présentée par le Gouvernement des Etats-Unis.

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

78/ Fair Trading Act, 1973, article 6 1).

79/ Ibid.

80/ Loi du 24 février 1990 sur l'élimination des pratiques de monopole, article 2 7).

81/ Loi de la République tchèque sur la protection de la concurrence, 1991, article 9.

82/ Loi LXXXVI, du 20 novembre 1990, sur la prohibition des pratiques commerciales déloyales, par. 21 i) c). Il est intéressant de mentionner que la législation hongroise, au lieu de l'expression "abus de position dominante", emploie "abus de supériorité économique".

83/ Décret-loi No 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, article 3 3) a).

84/ Loi sur la concurrence, 1992, article 2 : Définition de la "position dominante".

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

86/ Loi sur les restrictions à la concurrence, 1957, telle qu'amendée, article 22 3).

87/ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Affaire "Akzo", 3 juillet 1991.

88/ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Jugement "Michelin", 9 novembre 1993.

89/ Cour de justice des Communautés européennes, 14 février 1978, United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission, 27/76, 1978, Recueil, p. 207.

90/ Commentaire émanant de la Commission des Communautés européennes. Jugement "Vetro Piano en Italie", 10 mars 1992.

91/ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes, Décision "Nestlé-Perrier", 22 juillet 1992.

92/ Renseignements communiqués par le Gouvernement britannique.

93/ Pour un complément d'information sur la législation des Etats-Unis (décisions de la Cour suprême) relative aux restrictions verticales hors prix dans la distribution, voir : White Motor Co. v. United States, 372 U.S. 253, 83 S.Ct. 696, 9 L. 2ème éd. 738 (1963) (applique la "règle de raison"); United States v. Arnold Schwinn & Co., 388 U.S. 365, 87 S.Ct. 1856, 18 L. 2ème éd. 1249 (1967) (applique la notion d'"infraction à priori"), et particulièrement Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 97 S.Ct. 2549, 53 L. 2ème éd. 568 (1977) (rejette la notion d'"infraction à priori" de Schwinn et retourne à celle de "caractère raisonnable").

94/ Voir affaire Hoffman-La Roche.

95/ Loi, du 2 septembre 1993, de la République populaire de Chine sur la répression de la concurrence déloyale, article 11. Cette loi énumère en outre un certain nombre de cas de concurrence non réputée déloyale tels que la vente de marchandises fraîches, la baisse saisonnière des prix, le changement de gamme de production ou la cessation de commerce.

96/ Mc Donald v. Johnson and Johnson, No 4-79-189 (D. Minn, 14 avril 1982).

97/ Affaire Hugin-Liptons. Décision de la Commission des Communautés européennes, du 8 décembre 1977 (Journal officiel des Communautés européennes, No L.22, du 17 janvier 1978). De même, Instituto Chemioterapico Italiano S.P.S. v. Commercial Solvents : jugement du 6 mars 1974.

98/ Voir affaires Effem and Atlas Building Products Company v. Diamond Block & Gravel Company.

99/ FTC v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37, 1948.

100/ RRTA v. Carona Sahu Company Ltd., RTPE No 2, 1974, MRTPC, arrêt du 21 mars 1975; Grindwell Norton, RTPE No 29, 1974, MRTPC, arrêt du 21 novembre 1975.

101/ Décret législatif No 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, 1992, article 5 b) (renseignement communiqué par le Gouvernement péruvien).

102/ Trade Practices Act, 1974, article 49, alinéa 1.

103/ Observation présentée par le Gouvernement des Etats-Unis.

104/ La tarification de cession interne pourrait essentiellement poser des problèmes de fiscalité et très rarement servir de moyen d'agression (observation présentée par le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne).

105/ Commerce Act, 1986, deuxième partie, article 37 1).

106/ Renseignements communiqués par le Gouvernement suédois.

107/ Il s'agit du Consumer Protection Act de 1987, selon lequel une "indication de prix trompeuse" constitue une infraction. Pour examiner si telle ou telle indication de prix est ou non trompeuse, les parties peuvent se référer à un Code officiel de conduite approuvé par le Secrétaire d'Etat en 1988. Le paragraphe 1.6.3 c) prescrit aux commerçants de ne pas citer un prix recommandé dans une comparaison à moins que "le prix ne soit sensiblement plus élevé que les prix auxquels le produit était effectivement vendu au moment où vous avez commencé à faire la comparaison". En d'autres termes, un commerçant qui dit "prix de détail recommandé XXX livres, mon prix est 50 % moins cher" peut être considéré comme donnant une indication de prix trompeuse et commettant ainsi une infraction pénale aux termes de la loi sur la protection des consommateurs si ce prix de détail recommandé est nettement plus élevé que les prix auxquels les produits sont habituellement vendus par d'autres commerçants.

108/ Loi sur la concurrence, 1986, article 37.3 4).

109/ Journal officiel des Communautés européennes, No L.377/16, du 31 décembre 1980.

110/ Loi sur la concurrence, 1986, article 37.3 6).

111/ Observation présentée par le Gouvernement des Etats-Unis.

112/ Décision de la Commission de la concurrence, du 18 avril 1978. Renseignements communiqués par le Gouvernement japonais.

113/ Cinzano et Cie GmbH c. Jara Kaffee Gesch. ppe GmbH et Cie. Décision du 2 février 1973.

114/ Tepea B.V. c. Commission des Communautés européennes, affaire 28/77; décision de la Commission du 21 décembre 1976. La décision de la Commission a été confirmée par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 24 juin 1978.

115/ Arrêt rendu le 10 octobre 1978, affaire 3/78 : Recueil, 1978, p. 1823.

116/ Décisions "Tetra Pak" du 22 juillet 1991 et "Hilti" du 22 décembre 1987. Elles ont respectivement été confirmées par un jugement du tribunal de première instance en date du 6 octobre 1994 et par un jugement de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 2 mars 1994.

117/ Observation présentée par le Gouvernement des Etats-Unis.

118/ Au sujet des refus unilatéraux de vente, voir : United States v. Colgate & Co., Cour suprême des Etats-Unis, 1919. 250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465, 53 1ère éd. 992, 7 A.L.R. 443. Egalement United States v. Schrader's Son Inc., 252 U.S. 85, 40 S.Ct. 251, 64 L.Ed. 471 (1920).

119/ Observation présentée par le Gouvernement des Etats-Unis.

120/ La Cour suprême des Etats-Unis a défini comme suit les clauses de vente liée : "une partie accepte de vendre un certain produit, mais uniquement à la condition que l'acheteur, de son côté, lui achètera un produit différent (ou lié), ou du moins convient de ne pas acheter ce produit à un autre fournisseur". Northern Pac. Ry v. United States, 356 U.S. 1, 5-6, 78 S.Ct. 514, 518, 2 L.Ed. 545 (1958). Elle a en outre déclaré : "Le contrat ordinaire de vente liée force le client à prendre un produit ou une marque dont il ne veut pas nécessairement, pour en obtenir un qu'il souhaite vraiment acquérir. Cette entente étant foncièrement contraire à la concurrence, nous (la Cour suprême) avons jugé que son utilisation par une société établie risque "d'affaiblir notablement la concurrence", même si la proportion d'échanges commerciaux visée est relativement faible". Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 330, 82 S.Ct. 1502, 1926, 8 L. 2ème éd. 510 (1962).

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

122/ H.R. 4972, portant amendement de l'article 271 d) de la Loi sur les brevets.

123/ Il convient de noter que le contrôle des fusions est présenté ici, comme dans l'Ensemble, dans le contexte d'un "abus d'une position dominante". Une autre possibilité consisterait à rédiger un article distinct sur le contrôle des opérations de concentration, qui serait plus précisément axé sur le souci de ne pas permettre que les fusions créent ou accentuent une position de force ou en facilitent l'exercice. Cette variante pourrait se lire comme suit :

ELEMENTS POSSIBLES D'UN ARTICLE DISTINCT SUR LE 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 une part substantielle d'une entreprise importante opérant sur le territoire de la juridiction considérée 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 l'opération, comme le prix payé ou le pourcentage de contrôle obtenu, pourraient servir à éviter que des opérations sans effet appréciable sur la concurrence ne soient soumises à examen.

c) Les dispositions applicables en matière de notification pourraient exiger une description des produits, services, marchés et recettes des

entreprises en cause, ainsi que la communication des pièces essentielles relatives à l'opération.

II. Règles de fond

a) Les acquisitions ou les fusions seraient susceptibles d'être empêchées ou annulées dans tous les cas où elles sont de nature à affaiblir sensiblement la concurrence dans une branche commerciale ou sur un marché important à l'intérieur de la juridiction considérée.

b) Les acquisitions ou les fusions pourraient être acceptables lorsque les parties prouvent que l'acquéreur est l'acheteur le moins anticoncurrentiel d'une entreprise en déconfiture sans espoir de redressement.

III. Mesures préliminaires, enquête et décision finale

a) L'organe de tutelle pourrait être habilité à suspendre une fusion ou une acquisition pour une courte durée (soit 30 jours) en attendant qu'il décide s'il y a lieu de mener une enquête approfondie, et pour une durée un peu plus longue (soit 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 de la branche commerciale en cause, les parties perdant davantage de temps si elles tardent à répondre.

c) Si 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 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.

124/ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Règlement du Conseil (CEE) No 4064/89, du 21 décembre 1989, sur le contrôle des concentrations entre entreprises. Journal officiel des Communautés européennes, No L395, 30 décembre 1989. En particulier l'article premier.

125/ Règlement du Conseil (CEE) No 4064/89, de décembre 1989, sur le contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel des Communautés européennes, No L 395, 30 décembre 1989.

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

127/ Les dispositions relatives au renvoi aux autorités compétentes des Etats membres sont visées à l'article 9 du règlement du Conseil No 4064/89.

128/ L'Office coréen de la concurrence a jugé illégale une acquisition regroupant une société qui détenait 54 % 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. Affaire Dong Yang Chemical Industrial Co., 1 KFTC 153, 13 janvier 1982.

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

130/ Pour un exposé complet de ces affaires, voir TD/B/RBP/48, par. 12 à 22.

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

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

133/ La situation ne doit pas être envisagée uniquement au niveau de la direction. Aux Etats-Unis, 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, sont illégales.

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

135/ Ibid., par. 15.

136/ Renseignements communiqués par le Gouvernement suédois.

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

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

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

140/ Loi 22.262 pour la défense de la concurrence, article 7.

141/ Décret 511, du 27 octobre 1980. Renvoi au décret législatif 2.760, article 16.

142/ Décret législatif No 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restriction contraires à la libre concurrence, 1992, article 10.

143/ Loi 8884 du 11 juin 1994 sur les changements apportés au Conseil administratif de la protection économique.

144/ Loi LXXXVI, du 20 novembre 1990, sur la prohibition des pratiques commerciales déloyales, par. 56 1).

145/ Id., par. 56 2).

146/ Règles pour la protection de la concurrence et du marché, article 10 3).

147/ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, article 26 II), deuxième paragraphe. Cette disposition a été complétée par le règlement intérieur de la Commission fédérale de la concurrence à partir du 12 octobre 1993, article 33.

148/ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, article 27.

149/ Loi LXXXVI, du 20 novembre 1990, sur la prohibition des pratiques commerciales déloyales, par. 54 2) a).

150/ Price Fixing and Anti-Monopoly Act, B.E. 2522 (1979), article 12 6).

151/ Loi, du 2 septembre 1993, de la République populaire de Chine pour la répression de la concurrence déloyale, article 32.

152/ Commentaire émanant du Gouvernement des Etats-Unis.

153/ Loi 8884 du 11 juin 1994, article 14.XIV.

154/ Ibid., section 16 2).

155/ Décret-loi No 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, articles 13 1) c) et 13 2).

156/ Décret royal 157/192, du 21 février 1992, chapitre III, articles 19 à 23.

157/ Ordonnance 86-1243, du 1er décembre 1986, relative à liberté des prix et de la concurrence, article 44.

158/ Statuts du 15 novembre 1991 relatifs à l'organisation et aux activités de la Commission de protection de la concurrence, article 4 3).

159/ Décret-loi No 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, article 13 1) b), c) et d).

160/ Loi 16/1989, du 17 juillet, pour la protection de la concurrence, article 26. On trouvera un complément d'information sur la question dans : Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria 1992, p. 66.

161/ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, article 24 V) et VI).

162/ Loi sur la préservation de la concurrence économique, article 50 b).

163/ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, article 31, par. 2; et règlement intérieur de la Commission fédérale de la concurrence, du 12 octobre 1993, article 34.

164/ Loi 65, du 11 juin 1993, sur la concurrence dans l'activité économique, article 6-2 (rassemblement de preuves).

165/ Décret-loi No 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, article 19.

166/ Décret législatif No 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restriction contraires à la libre concurrence, 1992, article 23 (renseignement communiqué par le Gouvernement péruvien).

167/ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes.

168/ H.R.29. Antitrust Amendment Act, 1990.

169/ 60 BNA ATRR 459.

170/ Renseignements communiqués par le Gouvernement des Etats-Unis.

171/ Loi LXXXVI, du 20 novembre 1990, sur la prohibition des pratiques commerciales déloyales, par. 38 2) et 43 1) c).

172/ Affaire Samsung Electronics Company, 4 KFTC 58, décembre 1984.

173/ Ordonnance 86-1243, du 1er décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, articles 12 et 15.

174/ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, article 35 I).

175/ Renseignements communiqués par le Gouvernement des Etats-Unis. Il est à noter qu'aux Etats-Unis, le démantèlement est considéré comme une "mesure corrective structurelle", imposant un certain démantèlement de la structure de l'entreprise ou la vente d'actifs de la société ayant contribué à la situation de restriction persistante du commerce, de monopole ou d'achat. Ces mesures peuvent être subdivisées en trois catégories, comme suit : dissolution, démantèlement et séparation. On parle généralement de dissolution lorsqu'il s'agit de défaire une combinaison ou une association considérée comme illégale; une dissolution peut passer par un démantèlement et une séparation. On parle de démantèlement lorsqu'il est demandé à la société de se défaire de biens, de titres ou d'autres actifs. On parle de séparation pour indiquer l'effet d'une décision ordonnant certains types de démantèlement; c'est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit de remédier à des abus antitrust découlant d'une propriété ou d'un contrôle intégré (telle que l'intégration verticale des fonctions de fabrication et de distribution ou l'intégration de la production et de la vente de produits diversifiés sans liens entre eux quant à leur utilisation ou fonction). Ces mesures correctives ne sont pas expressément stipulées dans un texte réglementaire. Mais la section 4 de la loi Sherman et la section 5 de la loi Clayton habilite le Ministre de la justice à entamer une procédure en équité pour empêcher et circonscrire des infractions aux lois antitrust, et elles stipulent que cette procédure peut prendre la forme d'une requête énonçant le cas et demandant que l'infraction soit frappée d'interdiction. En dehors de ces autorisations réglementaires générales, l'essence de la juridiction d'équité est la possibilité donnée au tribunal d'adapter sa sentence aux particularités du cas. Ainsi, l'invocation par le gouvernement de l'autorité générale d'un tribunal d'équité en vertu des lois Sherman ou Clayton permet au tribunal de disposer d'une grande marge de manoeuvre pour ajuster son jugement de façon à lui donner la plus grande efficacité. Chesterfield Oppenheim, Weston et McCarthy, Federal Antitrust Laws, West Publishing Co., 1981, p. 1042 et 1043.

176/ Commentaire émanant du Gouvernement britannique.

177/ Loi de 1992 sur la concurrence, article 14 relatif aux recours contre les décisions de l'Institut des prix et de la concurrence. Il convient de signaler qu'aux termes de la loi le recours en justice ne suspend pas l'application des directives et décisions, à moins que le tribunal n'en décide autrement.

178/ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation de l'activité de monopole sur les marchés de produits, article 28, relatif à la procédure de recours contre les décisions du Comité antimonopole.

179/ Décret 2153, du 30 décembre 1992, relatif à la Surintendance de l'industrie et du commerce, article 52, cinquième paragraphe.

180/ Décret-loi No 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, articles 28 et 35.

181/ Commentaire émanant du Gouvernement des Etats-Unis.

182/ Article 62 de la Loi de 1993 sur la concurrence. Les décisions prises par le Tribunal suédois de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal municipal de Stockholm uniquement dans les cas mentionnés aux articles 60 et 61 de la loi.

183/ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation de l'activité de monopole sur les marchés de produits, article 28.

184/ Tribunal des pratiques commerciales.

185/ Juridiction d'appel nommée par le Ministre du commerce.

186/ Tribunal des pratiques commerciales restrictives.

187/ Tribunal pour la défense de la concurrence et de la propriété intellectuelle.

188/ Tribunal pour la protection de la concurrence.

189/ Voir la Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act de 1976 dans le cas des Etats-Unis.

190/ Loi LXXXVI, du 20 novembre 1990, sur la prohibition des pratiques commerciales déloyales, par. 29 1) e).

191/ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, article 38.

192/ Décret législatif contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, article 25.

193/ Loi visant à favoriser et à protéger l'exercice de la libre concurrence, article 55.
