

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT

LOI TYPE SUR LA CONCURRENCE

Série de la CNUCED sur les questions relatives au droit et à la politique de la concurrence

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



NATIONS UNIES
Genève, 2000

NOTE

Les opinions exprimées dans cette étude sont celles des auteurs et n'engagent pas nécessairement les opinions du secrétariat de la CNUCED.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Le texte de la présente publication peut être cité ou reproduit sans autorisation sous réserve qu'il soit fait mention de ladite publication et de sa cote. Un exemplaire de la publication renfermant la citation ou la reproduction doit être adressé au secrétariat de la CNUCED.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION.....	v
Partie I. Projets d'éléments pour les articles	
TITRE DE LA LOI:	3
Élimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives : loi antimonopole; loi sur la concurrence	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE PREMIER.....	3
Objectifs ou buts de la loi	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 2.....	3
Définitions et champ d'application	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 3.....	3
Accords ou arrangements restrictifs	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 4.....	4
Actes ou comportements constituant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 5.....	4
Notification, enquête et interdictions des fusions influants sur des marchés concentrés	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 6.....	5
Aspects éventuels de la protection des consommateurs	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 7.....	5
Notification	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 8.....	6
L'organe de tutelle et son organisation	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 9.....	6
Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 10.....	6
Sanctions et réparation	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 11.....	7
Recours	
PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 12.....	7
Actions en dommage-intérêts	
Partie II. Commentaire des articles	
COMMENTAIRE DU TITRE DE LA LOI.....	11
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE PREMIER.....	13
Objectifs ou buts de la loi	
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 2.....	14
Définitions et champ d'application	

	<i>Pages</i>
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 3.....	17
Accords ou arrangements restrictifs	
COMMENTAIRE DE LA LISTE INDICATIVE DE PRATIQUES GÉNÉRALEMENT INTERDITES	19
— Autorisation	
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 4.....	23
Actes ou comportements constituant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché	
— Interdiction d'actes ou comportement 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.....	32
Notification, enquête et interdiction des fusions influant sur des marchés concentrés	
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 6.....	35
Aspects éventuels de la protection consommateurs	
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 7.....	35
Notification	
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 8.....	38
L'organe de tutelle et son organisation	
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 9.....	39
Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle	
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 10.....	41
Sanctions et réparation	
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 11.....	43
Recours	
COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 12.....	43
Actions en dommages-intérêts	
NOTES	44
ANNEXES	55

Introduction

i) À la session qu'il a tenue du 7 au 9 juin 1999, le Groupe intergouvernemental d'experts sur le droit et la politique de la concurrence a recommandé que la CNUCED continue de publier en tant que document hors session une version révisée du commentaire de la loi type, en tenant compte de l'évolution de la législation dans le domaine de la concurrence.

ii) Le présent document contient donc une version révisée des projets d'éléments d'articles qui figuraient dans la première partie du document intitulé « Projet de commentaires d'éléments pour les articles d'une loi ou de lois types » (TD/B/RBP/81/Rev.5) et comprend une version révisée du commentaire des articles reproduit dans la deuxième partie du document TD/B/RBP/81/Rev.5, qui prend en compte les tendances récentes de la législation adoptée dans le monde en matière de concurrence.

iii) Aux fins de tenir compte de l'évolution récente de la législation adoptée dans le monde en matière de concurrence, la première partie du document comprend maintenant des projets d'éléments pour les articles sur le contrôle des fusions et acquisitions par des administrations de la concurrence (projets d'éléments pour l'article 5) qui faisaient antérieurement partie des dispositions concernant l'abus d'une position dominante sur le marché et, en conséquence, la deuxième partie (Commentaire de l'article 5) comprend des commentaires relatifs aux dispositions sur le contrôle des fusions et acquisitions.

PREMIÈRE PARTIE

**Projets d'éléments pour les articles
titre de la loi :**

***Élimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives :
loi antimonopole; loi sur la concurrence***

**PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE
PREMIER**

Objectifs ou buts de la loi

Contrôler ou éliminer les accords ou arrangements restrictifs entre entreprises, *les fusions et les acquisitions* 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'ÉLÉMENTS 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'État, 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'État lui-même ou des administrations locales, ni aux actes des entreprises ou personnes physiques qui sont imposés ou suivis par l'État ou par des administrations ou collectivités locales agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir.

PROJETS D'ÉLÉMENTS 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 ou dérogation

Les pratiques relevant de la section I, quand elles sont dûment notifiées à l'avance et quand elles sont le fait d'entreprises exposées à une concurrence effective, peuvent être autorisées ou faire l'objet de dérogations lorsque les responsables de l'application des lois relatives

à la concurrence établissent que l'accord, dans son ensemble, servira l'intérêt public.

PROJETS D'ÉLÉMENTS 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 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 groupe de biens ou services particuliers;
- ii) Lorsque les actes ou le comportement d'une entreprise en position dominante limitent l'accès au marché considéré ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant ou risquant d'avoir des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique.

II. *Actes ou comportements réputés abusifs*

a) Comportement prédateur à l'égard des concurrents, comme pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents;

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

III. *Autorisation ou dérogation*

Les actes, pratiques ou opérations qui ne sont pas strictement interdits par la loi peuvent être autorisés ou faire l'objet de dérogations s'ils sont notifiés, conformément aux dispositions de l'article 7, 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'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 5

Notification, enquête et interdiction des fusions influant sur des marchés concentrés

I. *Notification*

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, doivent être notifiées 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 e au moins des entreprises est établie dans le pays, e partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, risque de créer une position de force sur le marché, en particulier dans les secteurs d'activité où il y a une forte concentration de marchés, où il existe des obstacles à l'accès au marché et où il n'y a pas de biens de substitution d'un produit fourni par des entreprises en place.

II. *Interdiction*

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, doivent être interdits lorsque :

- i) L'opération envisagée accroît sensiblement la capacité d'exercer une position de force sur le marché (par exemple, en donnant la possibilité à une entreprise ou à un groupe d'entreprises agissant conjointement de maintenir avec profit des prix supérieurs aux niveaux de la concurrence pendant une longue période); et

- ii) La part du marché qui en résultera dans le pays, ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, donnera à une entreprise une position dominante ou entraînera une réduction sensible de la concurrence sur un marché dominé par un très petit nombre d'entreprises.

III. *Procédures d'enquête*

Des dispositions propres à permettre de procéder à des enquêtes sur les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, qui risquent de porter atteinte à la concurrence pourraient figurer dans une réglementation concernant les concentrations.

En particulier, aucune entreprise ne devrait, dans les cas relevant des alinéas précédents, procéder à une fusion avant l'expiration d'un délai d'attente de (...) jours à compter de la date de la délivrance du reçu de la notification, sauf si l'administration chargée de la concurrence réduit ce délai ou le prolonge d'une nouvelle période ne pouvant dépasser (...) jours avec le consentement des entreprises concernées, conformément aux dispositions des projets d'éléments pour l'article 7 ci-après. L'administration devrait être habilitée à exiger que les parties et les entreprises dans le marché considéré ou les branches commerciales en cause lui communiquent des documents et des attestations, étant entendu que les parties ne pourront bénéficier de ce délai supplémentaire si leur réponse est communiquée tardivement.

Si une audition contradictoire devant l'administration de la concurrence ou devant un tribunal aboutit à une décision défavorable à l'opération, des mesures peuvent être prises pour empêcher ou même annuler les acquisitions ou fusions en cause dans les cas où elles sont susceptibles de réduire sensiblement la concurrence dans une branche commerciale dans la juridiction ou dans une partie importante du marché considéré au sein de la juridiction.

PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 6

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'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 7

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'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 8*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'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 9*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 registre(s) de notifications;
 - e) Établir des règlements et les promulguer;
 - f) Aider à la rédaction d'une législation nouvelle ou à l'amendement ou la 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 États.

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'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 10*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'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 11*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'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 12*Action en dommages-intérêts*

Octroi à une personne, ou à l'État 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.

DEUXIÈME PARTIE

COMMENTAIRE DES ARTICLES

1. Conformément aux conclusions concertées adoptées par le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, à la session qu'il a tenue du 7 au 9 juin 1999, le secrétariat de la CNUCED a établi une version révisée du commentaire des projets d'éléments d'articles tels qu'ils figurent dans la première partie du présent document, compte tenu de l'évolution récente des législations dans le monde.

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 : « Élimination ou contrôle des pratiques commerciales restrictives »¹, « Loi anti-monopole »² et « Loi sur la concurrence »³.

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. L'encadré 1 énumère les législations sur la concurrence adoptées dans la plupart des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que l'année de leur adoption. Des exemples des titres des lois sur la concurrence figurent à l'annexe 1 aux commentaires.

ENCADRÉ 1

Législations sur la concurrence adoptées ou en préparation dans les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et d'autres entités (et année de leur adoption)

Afrique	Asie et Pacifique	Pays en transition	Amérique latine et Caraïbes	Pays de l'OCDE
Algérie (1995)	Chine (1993)	Azerbaïdjan**	Argentine (1980)	Australie (1974)
Bénin*	Fidji (1993)	Bélarus **	Bolivie*	Autriche (1988)
Burkina Faso*	Inde (1969)	Bulgarie (1991)	Brésil (rev. 1994)	Belgique (1991)
Cameroun*	Indonésie (1999)	Croatie (1995)	Chili (1973, rev. 1980)	Canada (1889)
Côte d'Ivoire (1978)	Jordanie*	Géorgie**	Colombie (1992)	République tchèque (1991)
Égypte*	Malaisie*	Kazakhstan**	Costa Rica (1992)	Danemark (1997)
Gabon (1989)	Pakistan (1970)	Kirghizistan**	République dominicaine*	Union européenne (1957)
Ghana*	Philippines*	Lituanie (1992)	El Salvador*	Finlande (1992, rev. 1998)
Kenya (1988)	Sri Lanka (1987)	Mongolie (1993)	Guatemala*	France (1977, rev. 1986)

Afrique	Asie et Pacifique	Pays en transition	Amérique latine et Caraïbes	Pays de l'OCDE
Malawi (1998)	Province chinoise de Taiwan (1992)	République de Moldova**	Honduras*	Allemagne (1957, rev. 1998)
Mali (1998)	Thaïlande (1979) et (1999)	Roumanie (1996)	Jamaïque (1993)	Grèce (1977, rev. 1995)
Maurice*	Viet Nam*	Fédération de Russie (1991)	Nicaragua*	Hongrie (1996)
Maroc (1999)		Slovaquie (1994)	Panama (1996)	Irlande (1991, rev. 1996)
Sénégal (1994)		Slovénie (1991)	Paraguay*	Italie (1990)
Afrique du Sud (1955, modifié en 1979)		Tadjikistan**	Pérou (1990)	Japon (1947, rev. 1998)
Togo*		Turkménistan**	Trinité-et-Tobago*	Luxembourg (1970, rev. 1993)
Tunisie (1991)		Ukraine**	Venezuela (1991)	Mexique (1992)
République-Unie de Tanzanie (1994)		Ouzbékistan**		Pays-Bas (1997)
Zambie (1994)				Nouvelle-Zélande (1986)
Zimbabwe (1997)				Norvège (1993)
				Pologne (1990)
				Portugal (1993)
				République de Corée (1980)
				Espagne (1989, rev. 1996)
				Suède (1993)
				Suisse (1985, rev. 1995)
				Turquie (1994)
				Royaume-Uni (1890)
				États-Unis (1890, rev. 1976)

* Une loi sur la concurrence est en préparation.

** La plupart des pays membres de la CEI ont établi un comité antimonopole au sein du Ministère de l'économie ou des finances.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE PREMIER

Objectifs ou buts de la loi

Contrôler ou éliminer les accords ou arrangements restrictifs entre entreprises, ou les fusions et acquisitions 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 États devraient fonder leur législation en matière de pratiques commerciales restrictives. Tout comme dans la section A de l'Ensemble, les États 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 : en Algérie : « l'organisation et la promotion de la libre concurrence et la définition des règles de sa protection afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs »⁴; au Canada : « préserver et ... 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 Hongrie : « la préservation de la concurrence sur le marché en vue d'assurer l'efficacité économique et le progrès social »⁷; en Mongolie : « régler les relations touchant à l'interdiction et à la limitation du contrôle par l'État de la concurrence entre entités économiques sur le marché, ainsi que des monopoles et autres activités entravant la concurrence loyale »⁸; en Norvège : « parvenir à une utilisation efficace des ressources de la société en réunissant les conditions nécessaires à une concurrence effective »⁹; au Panama : « protéger et garantir le processus de libre concurrence économique, éliminer les pratiques de monopole et autres restrictions empêchant un fonctionnement efficace des marchés et des services en vue de défendre les intérêts supérieurs des consommateurs »¹⁰; 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 »¹¹; en Fédération de Russie : « empêcher, limiter et supprimer les pratiques de monopole et la concurrence déloyale et assurer les condi-

tions nécessaires à la création et au bon fonctionnement des marchés de produits »¹²; en Suède : « éliminer et neutraliser les obstacles à une concurrence efficace dans la production et le commerce des biens, services et autres produits »¹³; en Suisse : « empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et autres restrictions à la concurrence et ... promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral »¹⁴; aux États-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 »¹⁵; au Venezuela : « favoriser et protéger l'exercice de la libre concurrence », ainsi que « l'efficacité profitable aux producteurs et aux consommateurs »¹⁶; le règlement de la Communauté andine mentionne « la prévention et la correction des distorsions provoquées par des comportements commerciaux qui empêchent, limitent ou faussent la concurrence »¹⁷. 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 »¹⁸. Une décision adoptée par le MERCOSUR a pour but « d'assurer des conditions de concurrence loyale sur les marchés des agents économiques du MERCOSUR »¹⁹.

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'Australie²⁰, l'Inde, le Mexique²¹, la République de Corée, la Fédération de Russie, le Royaume-Uni et dans la réglementation de la Communauté européenne²².

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 États 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 général²³. 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 développement²⁴.

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'État, 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 États-Unis applicables aux fusions, qui sont généralement acceptées par les économistes « anti-trust » dans la plupart des pays²⁵.

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. L'encadré 2 indique les principaux éléments de la définition du marché considéré et du marché dans le droit et la politique de la concurrence. La Cour suprême des États-Unis a défini le marché considéré comme « la zone de concurrence effective dans laquelle le défendeur opère »²⁶. 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'information²⁷.

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 sérieux²⁸. 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 État ou une région comprenant plusieurs États. 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 ». À ce propos, la Cour de justice, dans l'affaire « Industrie européenne du sucre »²⁹, 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

ENCADRÉ 2

Définition du marché considéré et du marché dans le droit et la politique de la concurrence

Le marché considéré, le lieu où l'offre et la demande agissent l'une sur l'autre, constitue un cadre d'analyse qui met en évidence les limitations de la concurrence auxquelles se heurtent les entreprises concernées. L'objectif de la définition du marché concerné est de recenser les entreprises qui sont en concurrence pour un produit et dans une zone géographique donnée afin de déterminer si d'autres entreprises peuvent peser effectivement sur les prix du monopoleur présumé. En d'autres termes, il s'agit de rechercher les concurrents de ces entreprises qui sont réellement en mesure d'influer sur leur comportement et de les empêcher d'agir en marge de toutes les véritables pressions concurrentielles. Ainsi, la définition du marché considéré du produit et de la zone géographique visée est une phase essentielle de l'analyse de nombreuses affaires qui ont fait jurisprudence en matière de concurrence.

Le marché considéré du produit est défini par le processus de détermination de la gamme de produits de substitution voisins d'un produit fourni par des entreprises dont le comportement fait l'objet d'une enquête. Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis, « le marché est composé de produits qui ont des possibilités raisonnables de substitution pour les fins pour lesquelles ils sont fabriqués – le prix, l'utilisation et les qualités considérés ».

À mesure que la mondialisation progresse, le marché géographique considéré peut être local, national, international ou même mondial, en fonction du produit particulier à l'examen, de la nature des possibilités de substitution dans l'approvisionnement du produit et de la présence ou de l'absence de facteurs spécifiques (par exemple, les coûts de transport, les droits de douane ou d'autres obstacles et mesures liés à la réglementation) qui empêchent les importations de contrecarrer l'exercice d'une position de force sur le marché à l'échelle nationale.

Aux États-Unis, pour la définition du marché considéré, l'administration de la concurrence tient compte d'un certain nombre de facteurs, tels que les réactions des agents économiques à l'égard des variations des prix relatifs, les caractéristiques socioculturelles de la demande et la présence ou l'absence d'obstacles à l'accès au marché, tels que les coûts de transport. Cette administration tend à mettre l'accent sur les tendances de la demande dans son analyse, ce qui influe sur la dimension géographique du marché considéré.

Sources : Commission européenne, OCDE, CNUCED et OMC.

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'État lui-même ou des administrations locales, ni aux actes des entreprises ou personnes physiques qui sont

imposés ou contrôlés par l'État ou par des administrations ou collectivités locales agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir. Des problèmes peuvent se poser lorsque des entreprises ou des personnes physiques relevant de l'État ou d'administrations locales, ou lorsque des entreprises ou des personnes physiques qui sont imposées ou contrôlées (c'est-à-dire réglementées) au nom de l'intérêt général par l'État ou des administrations ou collectivités locales, agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoir, agissent en outrepassant les pouvoirs qui leur ont été délégués. L'encadré 3 décrit l'interaction entre la loi sur la concurrence et la politique et la réglementation en matière de concurrence.

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'État³⁰. 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.

ENCADRÉ 3

Loi, politique et réglementation en matière de concurrence

Essentiellement, la loi, la politique et la réglementation en matière de concurrence tendent à défendre l'intérêt général contre le pouvoir de monopole. Elles donnent des instruments à un gouvernement pour atteindre cet objectif, mais varient quant à leur champ d'application et aux types d'intervention. La loi et la réglementation en matière de concurrence ne sont pas identiques. La loi, la politique et la réglementation en matière de concurrence peuvent poser quatre types de problèmes d'interaction :

- *La réglementation peut contredire la politique de la concurrence.* La réglementation peut avoir pour effet d'encourager, voire de prescrire une conduite ou des conditions qui seraient par ailleurs en violation de la loi sur la concurrence. Par exemple, une réglementation peut avoir pour effet de permettre une coordination en matière de prix, d'empêcher toute publicité ou de prescrire une répartition territoriale du marché. D'autres exemples comprennent notamment les lois interdisant les ventes au-dessous des coûts, qui sont censées favoriser la concurrence mais sont souvent interprétées sous des formes anticoncurrentielles, et la catégorie très large de réglementations qui restreignent la concurrence plus que nécessaire pour atteindre les objectifs réglementaires. La modification ou la suppression de ces réglementations oblige les entreprises concernées à modifier leurs habitudes et leurs prévisions.
- *La réglementation peut remplacer la politique de la concurrence.* Dans les monopoles naturels, la réglementation peut essayer de contrôler les positions de force sur le marché directement, en fixant des prix (prix plafonnés) et en contrôlant l'entrée et l'accès. Des changements dans le domaine de la technologie et dans d'autres institutions peuvent conduire à réexaminer les principes fondamentaux à l'appui de la réglementation, par exemple lorsque la politique de la concurrence et les institutions chargées de ce secteur ne seraient pas en mesure d'empêcher une situation de monopole et l'exercice d'une position de force sur le marché.
- *La réglementation peut reproduire la loi et la politique de la concurrence.* La coordination et les abus dans une branche d'activité peuvent être évités par la réglementation et les organes chargés de la réglementation comme c'est le cas de la loi et de la politique en matière de concurrence. Par exemple, la réglementation peut fixer des normes de concurrence loyale ou les règles de passation des marchés pour assurer l'appel à la concurrence. Toutefois, différents organes chargés de la réglementation peuvent appliquer des normes distinctes et des changements ou des différences dans les institutions chargées de la réglementation peuvent montrer que des politiques faisant apparemment double emploi ont abouti à des résultats pratiques différents.
- *La réglementation peut utiliser les méthodes des institutions chargées de la concurrence.* Les instruments visant à atteindre les objectifs de la réglementation peuvent être conçus pour tirer parti des mesures d'incitation commerciale et de la dynamique de la concurrence. Une coordination peut être nécessaire pour veiller à ce que ces instruments fonctionnent comme cela est prévu dans le contexte des dispositions de la loi sur la concurrence.

Sources : OCDE et Commission européenne.

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 de la Communauté andine sur les pratiques de nature à restreindre la concurrence et la décision du MERCOSUR sur la protection de 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 c'est le cas au Royaume-Uni au titre de la loi sur les pratiques restrictives³¹. 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'État. 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'État de la même façon que les entreprises privées³².

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 permet-

tent 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'État 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 intellectuelle³³ ont suscité des problèmes de concurrence. Étant donné les problèmes de ce type provoqués par l'exercice du droit d'auteur, et des droits découlant des brevets et des marques de commerce, plusieurs pays, dont l'Espagne³⁴ et le Royaume-Uni³⁵, ainsi que l'Union européenne³⁶, ont jugé nécessaire d'élaborer une réglementation spécifique sur les droits de propriété intellectuelle et la concurrence. Les États-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 anticoncurrentielle³⁷. 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 ADPIC³⁸.

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. Voir encadré 4 pour la plupart des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de donner lieu à une enquête.

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 » (sect. 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*³⁹. Aux États-Unis, alors que quelques juridictions inférieures ont étendu cette règle aux sociétés dont le capital est détenu en majorité par une autre entreprise⁴⁰, 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 de la Sherman Act⁴¹.

ENCADRÉ 4

Pratiques anticoncurrentielles susceptibles de donner lieu à une enquête

- Un cartel secret entre entreprises concurrentes régissant le prix ou les parts de marché;
- Un régime de fixation des prix appliqué par une entreprise en position dominante sans tenir compte des exigences du marché, mais en vue d'écarter un concurrent moins important du marché (« prix d'agression »);
- Un refus d'approvisionnement d'une entreprise en position dominante;
- Un système de distribution qui répartit de manière rigide le marché à l'échelon national en territoires distincts et fait obstacle à des importations parallèles du produit considéré.

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. À 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 »⁴². L'Algérie⁴³, l'Inde⁴⁴ et l'Afrique du Sud⁴⁵ ont adopté une définition analogue. La législation de la Pologne⁴⁶ et celle de la Fédération de Russie⁴⁷ parlent d'« accords sous quelque forme que ce soit ». La loi espagnole⁴⁸, 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 ». La législation de la Côte d'Ivoire⁴⁹, de la Hongrie⁵⁰, du Pérou⁵¹ et du Venezuela⁵² ainsi que les règlements de la Communauté andine⁵³ et du MERCOSUR⁵⁴ vont dans le même sens.

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 décharge⁵⁵. 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 collusive 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, », « , en particulier, » comme, par exemple, en Hongrie⁵⁶, ou « entre autres » comme, par exemple, dans la nouvelle législation colombienne⁵⁷, entre les mots « interdiction » et « des accords ci-après », ou par l'addition des mots « ou autres cas d'effet équivalent », comme dans le règlement de la Communauté andine⁵⁸. 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 loi⁵⁹.

29. La législation des États-Unis se caractérise, quant à elle, par le critère de l'infraction a priori conçu dans l'application de l'article premier de la *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 »⁶⁰. Les restrictions réputées constituer des infractions a priori englobent généralement la fixation collusive 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 États membres) interdits (art. 81 1) du Traité de Rome) et « nuls de plein droit » (art. 81 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 81 1) s'ils remplissent les conditions stipulées à l'article 81 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 concurrence⁶¹.

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 priori⁶².

COMMENTAIRE DE LA LISTE INDICATIVE DE PRATIQUES GÉNÉRALEMENT 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 pays⁶³. 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 réglemente 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 Pérou, au Royaume-Uni et aux États-Unis⁶⁴. La participation d'industries nationales à des cartels internationaux est interdite par la législation des États-Unis et d'autres pays⁶⁵.

b) *Soumissions collusoires*⁶⁶

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'État 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 eux⁶⁷. 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 concertées⁶⁸.

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 por-

ter 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). Pour une étude succincte du traitement des restrictions verticales dans le droit et la politique de la concurrence, voir encadré 5. Les restrictions verticales peuvent aussi être analysées par rapport à la position d'une entreprise sur le marché, voir paragraphe 60 ci-après.

ENCADRÉ 5

Restrictions verticales et loi et politique de la concurrence

- La notion de restrictions verticales s'applique à certaines catégories de pratiques commerciales qui ont trait à la revente de produits par des fabricants ou des fournisseurs et sont donc énoncées dans des accords entre des opérateurs dans une branche commerciale située à différentes phases de la chaîne de la valeur ajoutée. Elles comprennent la fixation de prix de revente, les relations d'exclusivité et les restrictions concernant les marchés réservés ou d'exclusivité territoriale (géographique) imposées aux distributeurs. Si la pratique de la fixation de prix de revente est restée très controversée chez les économistes, les pratiques d'exclusivité soulèvent moins de problèmes.
- La fixation de prix de revente. Cette pratique est essentiellement énoncée dans un accord entre détaillants, imposé par les producteurs, de ne pas se faire concurrence sur les prix (en créant ainsi un « réseau »). D'une manière générale, la fixation de prix de revente s'applique à la fixation de prix *de détail* par le fabricant d'origine ou le fournisseur. Elle est souvent dénommée par euphémisme « concurrence loyale » en Amérique du Nord ou en Europe. Dans certains cas, un fournisseur peut exercer un contrôle sur le marché du produit. Dans des marchés concentrés (par exemple lorsqu'il y a un petit nombre de « réseaux » offrant le même type de biens de différentes marques) ou lorsqu'il existe une position de force sur le marché (lorsqu'il n'y a pas de concurrence entre les marques, comme c'est fréquemment le cas dans les pays en développement), l'administration de la concurrence devrait demander des justifications détaillées, fondées sur des motifs d'efficacité, aux producteurs qui souhaitent fixer des prix de détail ou essaient de supprimer des barrières réglementaires en empêchant l'accès de nouveaux opérateurs. La fixation de prix de revente est un domaine où les politiques de la concurrence dans les marchés fonctionnant bien et concurrentiels et les marchés en développement peuvent varier fortement.
- Les relations d'exclusivité. Cette pratique est énoncée dans un accord entre un fabricant qui offre un contrat de vente à condition que l'acheteur accepte de ne pas avoir de relations commerciales concernant les biens d'un concurrent. La restriction imposée porte sur le choix des acheteurs ou des fournisseurs de l'entreprise.
- Les restrictions concernant les marchés réservés ou d'exclusivité territoriale. Cette pratique est énoncée dans un accord dans le cadre duquel un fabricant impose l'obligation aux détaillants de ne se faire concurrence que sur la distribution de ses produits.
- Les accords de vente liée. Il s'agit d'accords dans le cadre desquels un fabricant impose la source d'approvisionnement de certains produits intermédiaires utilisés par les détaillants.

Dans de nombreuses juridictions, les restrictions verticales sont analysées sur la base du critère du caractère raisonnable, compte tenu du fait que de telles restrictions ne sont pas toujours préjudiciables et peuvent, en réalité, être avantageuses dans des conditions particulières de la structure d'un marché. L'administration de la concurrence s'oppose rarement aux restrictions verticales hors prix.

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 biens⁶⁹ doivent faire l'objet d'une notification, de même que les accords destinés à assurer le respect de tous autres accords⁷⁰. Aux États-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 États-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 États-Unis⁷¹.

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 États 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 territoire⁷².

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 »⁷³. Néanmoins, selon un jugement rendu aux États-Unis, des préoccupations professionnelles valables peuvent justifier, dans des cas individuels, le refus d'admission à des associations professionnelles⁷⁴.

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 marché⁷⁵.

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 économique⁷⁶. Les entreprises désireuses de conclure des accords ou arrangements restrictifs du type visé à la section 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 concurrence⁷⁷. 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 81, 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 États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché 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 81 du

Traité de Rome, plus particulièrement pour ce qui est de la répartition des marchés et de la fixation concertée des prix⁷⁸.

51. De nombreuses législations — Allemagne, Espagne⁷⁹, 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 communes⁸⁰. La législation hongroise prévoit une dérogation pour les accords qui contribuent à rationaliser l'organisation de la production ou de la distribution, à promouvoir le progrès technique ou économique, ou à améliorer la compétitivité ou la protection de l'environnement à condition qu'ils réservent aux utilisateurs une part équitable du profit en résultant; que leurs dispositions ne soient pas plus restrictives qu'il n'est nécessaire pour atteindre des buts communs justifiés d'un point de vue économique et qu'ils ne donnent pas la possibilité d'éliminer la concurrence pour une part substan-

tielle des produits en cause⁸¹. La loi indienne sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives indique la défense et la sécurité, l'approvisionnement en biens et services essentiels à la communauté, et les accords conclus par le Gouvernement⁸². 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 marchandises⁸³. 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 considérés⁸⁴. 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 remplis⁸⁵. Pour des exemples d'accords pouvant ne pas être soumis aux interdictions prévues par les lois sur la concurrence, voir encadré 6. Pour des exemples d'accords devant faire l'objet d'exemptions individuelles pour ne pas être soumis aux interdictions prévues par les lois sur la concurrence, voir encadré 7.

ENCADRÉ 6

Les interdictions prévues par les lois sur la concurrence peuvent ne pas s'appliquer à certains accords

Des lois, des réglementations ou des dispositions fondées sur le critère du caractère raisonnable peuvent expressément prévoir que les interdictions ne sont pas applicables à ces accords car ils contribuent au développement économique et à l'efficacité du marché. Au sein de l'UE, la plupart de ces accords sont des « exemptions par catégorie ».

- Accords de distribution exclusive;
- Accords d'achat exclusif;
- Accords de concession de brevet;
- Accords de distribution et d'entretien et de révision de véhicules automobiles;
- Accords de spécialisation;
- Accords de coopération en matière de recherche et développement;
- Accords de franchisage;
- Accords de transfert de technologie;
- Certains types d'accords dans le secteur de l'assurance.

Sources : OCDE et Commission européenne.

ENCADRÉ 7

Accords devant faire l'objet d'une exemption individuelle

Certains accords doivent être examinés sur la base des critères de la structure du marché. En tant que tels, ces accords doivent faire l'objet d'une exemption individuelle accordée par décision administrative après l'application du critère du caractère raisonnable. Il s'agit des accords suivants :

- La plupart des types d'accord de coentreprise qui ne relèvent pas de l'exemption globale dans le domaine de la recherche et du développement et qui ne sont pas assimilés à des fusions;
- La plupart des licences exclusives de propriété industrielle qui ne relèvent pas des exemptions globales concernant le transfert de technologie;
- Les accords de restructuration ou « cartels de crise »;
- Les accords instituant des organismes de vente ou d'achat communs;
- Les accords d'information;
- Les accords instituant les règles d'une association commerciale;
- Les accords ou les décisions établissant des foires commerciales.

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'État 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'État à caractère commercial. Pour une analyse de l'interaction entre la loi et la réglementation en matière de concurrence, voir encadré 5 ci-dessus.

53. Il convient de noter que les législations fondées sur le principe de l'interdiction a priori (celles des États-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 États-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 États-Unis⁸⁶.

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 groupe de biens ou services particuliers;
- ii) Lorsque les actes ou le comportement d'une entreprise en position dominante limitent l'accès au marché considéré ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant ou risquant d'avoir des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique.

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, 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. Pour une description des motifs d'interdiction de l'abus d'une position dominante sur le marché, voir encadré 8.

ENCADRÉ 8

Abus d'une position dominante et abus d'une position de force sur le marché

La notion d'abus d'une position dominante sur le marché vise les pratiques commerciales anticoncurrentielles auxquelles peut se livrer une entreprise en position dominante pour maintenir ou accroître sa position sur le marché. L'interdiction de l'abus d'une position dominante sur le marché a été énoncée dans la législation sur la concurrence de pays tels que le Canada, la France et l'Allemagne, et dans l'Union européenne. Ce concept comporte deux éléments, à savoir la question de la position dominante et la capacité d'exercer une position de force sur le marché.

- Une entreprise détient une position dominante lorsqu'elle représente une part substantielle d'un marché considéré et a une part de marché sensiblement supérieure à celle de l'entreprise concurrente qui détient la part la plus élevée après elle. Lorsqu'une entreprise détient des parts de marché de 40 % ou plus, généralement sa position dominante peut susciter des préoccupations en matière de concurrence lorsqu'elle a la capacité de fixer les prix de manière indépendante et d'abuser de sa position de force sur le marché. Toutefois, il faut tenir compte du fait qu'une position dominante en soi n'est pas anticoncurrentielle en tant que telle.
- La position de force sur le marché représente la capacité d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises agissant conjointement) d'augmenter et de maintenir avec profit des prix au-dessus du niveau qui serait appliqué dans une situation concurrentielle pendant une longue période. On l'appelle aussi pouvoir de monopole. L'exercice ou l'abus d'une position dominante sur le marché aboutit à une réduction de la production et à un ralentissement du progrès économique. Outre qu'il accroît les prix de concurrence, l'exercice d'une position de force sur le marché peut se traduire par une réduction de la qualité du service ou par une absence d'innovation sur les marchés considérés.

Les facteurs qui tendent à créer une position de force sur le marché comprennent notamment une forte concentration du marché, l'existence d'obstacles à l'accès au marché et l'absence de biens de substitution pour un produit fourni par des entreprises dont le comportement est examiné par l'administration de la concurrence. L'abus d'une position dominante sur le marché peut varier largement d'un secteur à l'autre. Les abus peuvent notamment prendre les formes suivantes : l'application de prix déraisonnables ou excessifs, une discrimination en matière de prix, des ventes à perte, le refus d'entrer en relation commerciale ou de vendre, des ventes liées ou de produits par lots, l'accaparement d'installations ou d'équipement, etc.

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 compétente⁸⁷. 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 examinée⁸⁸. 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 concurrence⁸⁹. En Pologne, aux termes de la loi, une entreprise assurant plus de 40 % des ventes sur un marché est présumée occuper une posi-

tion dominante⁹⁰. Selon la loi de la République tchèque de 1991, la présomption existe quand la proportion atteint 30 %⁹¹, ce qui est aussi le cas au Portugal⁹². La législation de la Mongolie dispose qu'une entité unique agissant seule ou un groupe d'entités économiques agissant de concert est en position dominante quand elle ou il compte invariablement pour plus de 50 % dans l'offre d'une marchandise déterminée ou de marchandises similaires ou de produits ou dans les travaux réalisés et services fournis sur le marché⁹³. La législation de la Lituanie fixe la proportion à 40 %⁹⁴ et celle de la Fédération de Russie à 65 %⁹⁵. 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 marks⁹⁶. 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 dominante⁹⁷.

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 82 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 consommateurs⁹⁸. 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 concurrents⁹⁹. 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 »¹⁰⁰, qui a été suivi par la décision sur le dossier de la fusion entre Nestlé et Perrier¹⁰¹. 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'oligopole¹⁰².

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. Voir commentaire relatif à l'article 5.

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 États-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 »¹⁰³. Pour le traitement des restrictions verticales dans le droit de la concurrence, voir encadré 5 ci-dessus.

II. Actes ou comportements réputés abusifs

61. En général, les lois sur la concurrence ne mentionnent que quelques exemples de comportements réputés abusifs et interdits. Ces comportements comprennent un ensemble très divers de stratégies d'entreprise tendant à accroître les *obstacles à la pénétration* sur un marché. De tels obstacles sont des facteurs qui empêchent ou découragent de nouvelles entreprises de pénétrer sur un marché d'une branche d'activité même lorsque les entreprises en place réalisent des superprofits. Pour une description des obstacles à l'accès à un marché, voir encadré 9.

ENCADRÉ 9

Obstacles à l'accès à un marché dans le droit et la politique de la concurrence

Les obstacles à l'accès à un marché visent un certain nombre de facteurs qui peuvent prévenir ou empêcher la pénétration de nouvelles entreprises dans une branche d'activité même lorsque les entreprises en place réalisent des superprofits. Il y a deux grandes catégories d'obstacles : les obstacles structurels (ou économiques) et stratégiques (ou liés à un comportement).

- *Les obstacles structurels à l'accès à un marché* résultent des caractéristiques fondamentales d'une branche d'activité comme la technologie, les coûts et la demande. Des discussions ont lieu actuellement pour déterminer quels facteurs constituent les obstacles structurels considérés. La définition la plus large donne à penser que les obstacles à l'accès au marché proviennent de la différenciation des produits, des avantages de coût absolu des entreprises en place et des économies d'échelle. La différenciation des produits crée des avantages pour les entreprises en place car les nouveaux venus doivent surmonter l'obstacle que constitue la fidélité à la marque acquise dans le temps à l'égard des produits existants. Les avan-

(Suite page suivante.)

(Suite de la page précédente.)

tages de coût absolu entraîneront pour le nouveau venu des coûts unitaires plus élevés à chaque rythme de production, qui s'expliquent peut-être par une infériorité technologique. Les économies d'échelle limitent le nombre d'entreprises qui peuvent fonctionner à des coûts minimaux dans un marché d'une dimension donnée. Une définition plus étroite des obstacles structurels à l'accès au marché a été donnée par George Stigler et les tenants de l'école de Chicago concernant l'analyse antitrust. Ils laissent entendre que les obstacles à la pénétration sur un marché n'existent que lorsqu'un nouveau venu doit exposer des frais que les entreprises en place ne supportent pas. En conséquence, cette définition ne considère pas que les économies d'échelle et les dépenses de publicité sont des obstacles à la pénétration sur un marché (car il s'agit de coûts que les entreprises en place ont dû engager pour occuper leur position sur le marché). D'autres économistes mettent aussi l'accent sur l'importance des coûts irréversibles comme obstacle à la pénétration sur un marché. Comme de tels coûts doivent être engagés par les nouveaux venus, mais ont déjà été supportés par les entreprises en place, un obstacle à l'accès au marché est ainsi créé. En outre, les coûts irréversibles réduisent la capacité de sortir du marché et imposent donc des risques supplémentaires aux nouveaux concurrents potentiels.

- *Les obstacles stratégiques à l'accès au marché* visent le comportement des entreprises en place. En particulier, les entreprises en place peuvent agir pour accroître les obstacles structurels à l'accès au marché ou menacer d'exercer des représailles contre les nouveaux venus s'ils parviennent à y pénétrer. Ces menaces doivent toutefois être crédibles car les entreprises en place doivent avoir un intérêt à les mettre en application si les nouveaux venus n'accèdent pas au marché. Les mesures de dissuasion stratégiques à l'accès comportent certains types de comportement d'accaparement des entreprises en place. Un exemple est l'accaparement des installations et des équipements qui consiste pour une entreprise en place à surinvestir dans des capacités de production pour menacer d'engager une guerre des prix si des nouveaux concurrents pénètrent sur le marché. Un autre exemple consisterait à créer artificiellement de nouvelles marques et de nouveaux produits pour limiter les possibilités d'imitation. Ce risque continue de donner lieu à des controverses. Enfin, les gouvernements peuvent aussi créer des obstacles à l'accès à un marché dans une branche d'activité en imposant des régimes de licences et d'autres réglementations.

Les obstacles à l'accès sur un marché dans une branche d'activité déterminée peuvent varier largement en fonction du niveau de développement d'un marché. Les obstacles à l'accès à un marché dans certaines branches d'activité dans une économie développée seraient les suivants :

Obstacles élevés à l'accès	Obstacles modérément élevés à l'accès	Faibles obstacles à l'accès
Production et distribution d'électricité Service de téléphone local Journaux Savons de marque Avions et pièces d'avion Industrie de l'automobile Grands ordinateurs Matériel électrique lourd Locomotives Bière Céréales	Boulangerie Boissons sans alcool Cigarettes Périodiques Produits de gypse Produits chimiques organiques Articles de toilette Raffinage du pétrole Aluminium Machines industrielles lourdes Grands appareils ménagers Transport par chemin de fer	Conditionnement de la viande Farine Fruits et légumes en boîte Textiles de laine et de coton Vêtements Petits produits métalliques Mobilier en bois Conteneurs en matériau ondulé Imprimerie Chaussure Camionnage et transport routier

Sources: CNUCED; et W. Shepherd, *The Economics of Industrial Organization*. Englewood Cliffs, 1990.

a) *Comportement prédateur à l'égard des concurrents, comme pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents*

62. 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 abusif¹⁰⁴. 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 concurrents¹⁰⁵. La législation mongole interdit aussi à une entreprise de vendre ses marchandises

à un prix inférieur au prix coûtant dans le but d'empêcher d'autres entités économiques de pénétrer sur le marché ou de les écarter du marché¹⁰⁶. La Hongrie applique un critère similaire; elle interdit la fixation de prix très bas ne découlant pas d'une efficacité supérieure par rapport à celle des concurrents et semblant devoir écarter des concurrents du marché considéré ou entraver leur pénétration sur le marché¹⁰⁷.

63. 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 prédateurs¹⁰⁸. 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 concurrence¹⁰⁹. Pour une description de divers types de discrimination en matière de prix, voir encadré 10.

ENCADRÉ 10

Types de discrimination en matière de prix

La discrimination en matière de prix est un instrument indispensable pour les entreprises pour augmenter le plus possible leurs bénéfices quelle que soit la position qu'ils occupent sur le marché et améliorer ou défendre leur position contre d'autres entreprises. Toutefois, la discrimination peut aussi être utilisée par les entreprises qui occupent une position de force pour éviter la concurrence en augmentant leur part du marché et/ou en accroissant les obstacles à l'accès au marché. Les affaires de discrimination en matière de prix doivent être examinées minutieusement par les administrations de la concurrence. Il y a plusieurs catégories de discrimination en matière de prix, dont certaines favorisent la concurrence. Elles peuvent être classées dans trois catégories, certaines pratiques ayant un rapport étroit avec le commerce international et les relations économiques et certaines autres révélant une efficacité économique :

a) *Discrimination personnelle*

- *Marchandage constant* : Pratiques commerciales courantes dans les bazars et les opérations privées.
- *Adaptation du prix au revenu* : Le prix est fonction du pouvoir d'achat du client, c'est une pratique courante chez les médecins, avocats et autres membres des professions libérales.
- *Prix variant en fonction de l'utilisation* : Même si les coûts marginaux sont faibles, les grands consommateurs doivent payer plus (de grandes entreprises d'ordinateurs, de logiciels et de reproduction en position de force sur le marché sont connues pour avoir appliqué cette stratégie).

b) *Discrimination de groupe*

- *Détruire le rival* : Réduction de prix par vente à perte visant à éliminer du marché un concurrent. Cette pratique aurait été couramment utilisée par American Tobacco and Standard Oil.
- *Application de prix de dumping sur les excédents* : Vendre à des prix plus bas sur les marchés étrangers où la demande est plus élastique. Pratique courante pour certains produits pharmaceutiques, l'acier, les appareils de télévision et d'autres biens, mais les plaintes pour dumping n'aboutissent souvent pas.
- *Promotion pour les nouveaux clients* : Pratique courante pour les abonnements aux revues, en vue d'attirer de nouveaux clients. Favorise souvent la concurrence lorsque aucune entreprise ne domine le marché.
- *Favoriser les gros clients* : Les remises par volume sont plus importantes que les différences de coût. Pratique très fréquente dans de nombreux marchés, en particulier les sociétés de services publics.

(Suite page suivante.)

(Suite de la page précédente.)

- *Diviser les clients en fonction de l'élasticité* : Pratique courante dans les sociétés de service public.
 - c) *Discrimination en fonction des produits*
- *Payer pour l'étiquette* : L'étiquette très recherchée (ou la plus célèbre) est vendue à un prix plus élevé, même si le produit est le même que celui d'une marque courante.
- *Liquidation de stocks* : Les « soldes » qui sont couramment utilisées pour liquider les stocks mais qui peuvent aussi déstabiliser les consommateurs et les concurrents si elles résultent d'une publicité mensongère.
- *Différence de prix entre les périodes de pointe et les périodes creuses* : Les fluctuations de prix peuvent être plus fortes ou moins fortes que les variations de coûts, entre les périodes de saturation de pointe et les périodes creuses. Pratique presque universelle dans les sociétés de service public.

Pour évaluer la nature favorable ou défavorable à la concurrence d'une discrimination, l'administration de la concurrence évaluera la légalité de la pratique par rapport à ses effets économiques sur les marchés considérés et la position des opérateurs sur ces marchés. Dans de nombreuses juridictions, les restrictions verticales sont soumises au critère du caractère raisonnable, étant donné que de telles restrictions ne sont pas toujours préjudiciables et peuvent même être en fait bénéfiques dans des structures de marché particulières ou des circonstances déterminées.

Sources : F. Machlup, *The Political Economy of Monopoly*. Baltimore, 1952; W. Sherperd, *The Economics of Industrial Organization*. Englewood Cliffs, 1990.

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*

64. 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 fidélité¹¹⁰. En pareilles circonstances, outre les dommages causés aux concurrents directs, la fixation de prix discriminatoires peut faire du tort aux concurrents de l'acheteur favorisé¹¹¹. 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.

65. 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 eux¹¹². 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 générale-

ment 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 consommateurs¹¹³.

66. 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).

67. 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 biens¹¹⁴. 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 prix¹¹⁵.

68. 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 comparables¹¹⁶.

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

69. 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 États-Unis, l'Inde, la Nouvelle-Zélande¹¹⁷, 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 concurrence¹¹⁸. Dans la Communauté européenne, elle est aussi normalement interdite si elle est préjudiciable à la concurrence entre les États membres.

70. Dans certains États, la fixation d'un prix de revente imposé est interdite, mais non celle d'un prix maximal (Royaume-Uni) ou d'un prix recommandé (États-Unis et Royaume-Uni). Aux États-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 considérables¹¹⁹. 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 inférieur¹²⁰.

71. Il convient de noter que la fixation collective d'un prix de revente serait, si elle faisait 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.

72. 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 États-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)¹²¹. 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 bas¹²².

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, admi-*

nistrative ou juridique, et que le but de ces restrictions est de maintenir des prix artificiellement élevés

73. 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 consommateurs¹²³.

74. 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.

75. 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'abandonner¹²⁴.

76. À 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 marque¹²⁵.

77. 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-Bas¹²⁶.

78. 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 élevés¹²⁷.

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.

79. 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 en invoquant des raisons de sécurité ou de santé. Dans les deux cas, sa position a été confirmée¹²⁸.

80. 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*

81. 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.

82. 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 fabricant¹²⁹. 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). À ce propos, la Cour suprême des États-Unis s'est prononcée dans les termes suivants : « L'objet de la *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 »¹³⁰.

- 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*

83. 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.

84. 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.

85. 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*

86. 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 forte¹³¹.

87. 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.

88. 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'État. 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.

89. 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*

90. 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 gamme¹³². 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 produits¹³³.

91. Il convient de noter que les États-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 subordonnée¹³⁴. Cette mesure législative, en fait, annulé des décisions antérieures des tribunaux des États-Unis selon lesquelles le détenteur d'un brevet devait être présumé détenir une position de force sur le marché. Le Congrès des États-Unis a admis que de nombreux produits brevetés sont exposés à une véritable concurrence de produits de remplacement. Cette pratique est interdite par presque toutes les législations du monde, dont celles de l'Algérie¹³⁵, de la Hongrie¹³⁶, de la Mongolie¹³⁷, de la Suisse¹³⁸ et du MERCOSUR¹³⁹.

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.

92. 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

Notification, enquête et interdiction des fusions influant sur des marchés concentrés

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène doivent être notifiés 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, risque de créer une position de force sur le marché, en particulier dans les branches d'activités où il y a une forte concentration du marché, où il existe des obstacles à l'accès au marché et où il n'y a pas de biens de substitution d'un produit fourni par des entreprises.

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de

caractère horizontal, vertical ou hétérogène, doivent être interdits lorsque :

- i) L'opération envisagée accroît sensiblement la capacité d'exercer une position de force sur le marché (par exemple, en donnant la possibilité à une entreprise ou à un groupe d'entreprises agissant conjointement de maintenir avec profit des prix supérieurs aux niveaux de la concurrence pendant une longue période); et
- ii) La part du marché qui en résultera dans le pays, ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, donnera à une entreprise une position dominante ou entraînera une réduction sensible de la concurrence sur un marché dominé par un très petit nombre d'entreprises.

I. Définitions

93. 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.

94. 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 pays¹⁴⁰. L'encadré 11 énumère les principales raisons pour lesquelles un contrôle des fusions doit être institué.

ENCADRÉ 11

Pourquoi instituer un contrôle des fusions ?

Certains pays dotés de petits marchés estiment que le contrôle des fusions est inutile car ils ne souhaitent pas empêcher la restructuration d'entreprises s'efforçant d'obtenir une « masse critique » qui leur permettra d'être compétitifs sur les marchés mondiaux. D'autres pays estiment que le fait d'avoir un « champion national » même en abusant d'une position de monopole sur le marché intérieur pourrait leur permettre d'être compétitifs à l'étranger sur des marchés tiers. On peut faire valoir deux objections à l'encontre de ces positions. Premièrement, il arrive souvent que des monopoles bénéficient de leur « rente de monopole » sans devenir plus compétitifs à l'étranger, au détriment des consommateurs nationaux et en fin de compte du développement de l'économie dans son ensemble. Deuxièmement, si le marché local est ouvert à la concurrence des importations ou des investissements étrangers directs, le marché mondial pourrait être soumis au critère du contrôle des fusions, et le fournisseur national unique pourrait de

toute façon être autorisé à procéder à des fusions. Il convient aussi de noter que l'interdiction d'un cartel, tout en étant dans l'impossibilité d'agir contre les membres du cartel s'ils procèdent à des fusions, est injustifiée. En outre, en s'abstenant d'instituer un système de contrôle des fusions, un pays d'accueil se prive des pouvoirs de mettre en cause des fusions et des acquisitions par des entreprises étrangères qui pourraient avoir des effets préjudiciables sur le territoire national.

D'une manière générale, le contrôle des fusions tend à prévenir la création, par des acquisitions ou d'autres regroupements structurels, d'entreprises qui voudront peut-être et pourront exercer une position de force sur le marché. Les fusions dans des marchés exceptionnellement concentrés, ou qui créent des entreprises dotées de parts de marché extrêmement élevées, risqueraient davantage de fausser la concurrence.

Suivant le degré d'expérience de l'administration de la concurrence et d'une juridiction à l'autre, le critère de la légalité d'une fusion procède des lois sur l'exercice d'une position dominante ou l'application de restrictions ou doit être fondé sur un principe distinct établi et conçu en fonction des mesures de l'effet réel ou potentiel sur la concurrence et le processus concurrentiel. Dans les versions antérieures de la loi type, le contrôle des fusions avait donc été inclus dans les projets d'éléments pour les articles sur l'abus d'une position dominante.

La plupart des systèmes de fusions appliquent une certaine forme de critère de parts de marché, soit pour orienter les enquêtes ou en tant que présomption sur la légalité des fusions. La plupart des systèmes définissent des procédures de notification préalable aux organes d'exécution avant la réalisation effective des opérations plus importantes et plus étendues, et des processus spéciaux pour entreprendre des enquêtes accélérées, afin que les problèmes puissent être recensés et réglés avant que la restructuration puisse être entreprise lorsque la fusion est réalisée.

L'analyse du contrôle des fusions comprend les aspects suivants :

- Définition du marché considéré sur une base géographique ou en fonction des produits;
- Caractérisation des produits qui sont ou peuvent être en concurrence;
- Entreprises qui pourraient être en concurrence;
- Parts relatives et importance stratégique de ces entreprises par rapport aux marchés des produits;
- Possibilité de l'arrivée de nouveaux concurrents et existence d'obstacles effectifs à la venue de nouveaux concurrents.

II. Notification et critères de notification

95. De nombreux États (par exemple, les États-Unis et l'Union européenne) 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. Certains pays ont maintenu un système obligatoire de notification après la réalisation effective de la fusion et quelques pays n'ont soumis le contrôle des fusions qu'à un processus de notification volontaire. Une liste des pays relevant de ces trois catégories figure dans un tableau de l'annexe 2. Dans la plupart des pays, la notification n'est obligatoire que lorsque les entreprises en cause ont atteint, ou sont susceptibles d'atteindre, un certain degré de concentration. Les tableaux de l'annexe 3 donnent des exemples détaillés des seuils de déclenchement des systèmes de notification obligatoire (ex ante et ex post) ou volontaire dans un certain nombre de pays ainsi que des indications sur l'ensemble du système de contrôle des fusions de certains pays développés et en développement et de pays en transition.

96. 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 l'Union 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 considérées¹⁴¹.

97. Par exemple, en 1989, l'Union européenne a adopté une vaste réglementation relative au contrôle des fusions dans son règlement No 4064/89. Ce règlement a été très largement modifié en 1997. Le règlement relatif aux fusions repose sur le principe du guichet unique : une fois que l'opération a déclenché l'exercice des pouvoirs de l'administration européenne de la concurrence (par exemple la Commission européenne par l'intermédiaire de sa Direction générale de la concurrence), les administrations nationales de la concurrence des États membres ne peuvent appliquer leurs propres lois sur la concu-

rence à l'opération (sauf dans des circonstances très limitées). L'application de ce principe vise à renforcer la sécurité des entreprises à l'égard des opérations internationales (qui, s'il en était autrement, pourraient relever de multiples autorités nationales chargées du contrôle des fusions). Ce principe du guichet unique a été renforcé par la modification de ce règlement, qui a été adoptée en vue de réduire la nécessité pour les milieux d'affaires de présenter des demandes multiples d'autorisation auprès des organes nationaux de contrôle des fusions.

98. Jusqu'au 1er mars 1998, le règlement exigeait la notification de toutes les fusions ou acquisitions entre entreprises ayant un chiffre d'affaires global de 5 milliards d'euros, chacune réalisant un chiffre d'affaires d'au moins 250 millions d'euros dans la Communauté européenne, sauf si chacune des parties réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires global au niveau de la Communauté dans un seul et même État. Depuis le 1er mars 1998, le règlement relatif aux fusions a aussi été appliqué aux plus petites concentrations qui ont des effets importants dans au moins trois États membres. Le règlement s'applique aux concentrations lorsque le chiffre d'affaires global des parties au niveau de la Communauté est supérieur à 2,5 milliards d'euros, et lorsque le chiffre d'affaires de chacune de deux parties au moins au niveau de la Communauté est supérieur à 100 millions d'euros et lorsque dans chacun de trois États membres au moins, le chiffre d'affaires global de toutes les parties dépasse 100 millions d'euros et, dans chacun des États membres qui viennent d'être mentionnés, le chiffre d'affaires de chacune de deux parties au moins est supérieur à 25 millions d'euros, sauf si chacune des parties réalise les deux tiers de son chiffre d'affaires global au niveau de la Communauté dans un seul et même État membre.

99. Ces opérations doivent être notifiées et elles sont suspendues pendant quatre mois si une enquête est ouverte. Il est rare que des sociétés s'abstiennent de respecter l'obligation de notification : par exemple dans l'Union européenne, au cours de 10 années d'application du règlement, la Commission n'a pour la première fois infligé une sanction financière à une entreprise pour défaut de notification d'une concentration dans les délais prescrits qu'en 1998¹⁴². Les fusions qui n'atteignent pas le seuil indiqué peuvent encore être soumises au contrôle des autorités nationales des États membres¹⁴³. Il y a également des exceptions qui peuvent, le cas échéant, ramener une fusion dans le domaine de compétence d'un État membre¹⁴⁴.

III. Types de concentrations

100. 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 concurrence¹⁴⁵. 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.

101. 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 les projets d'éléments pour 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.

102. 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.

103. 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 marché¹⁴⁶.

104. Prise de contrôle transfrontière. 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.

105. 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.

106. 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/Rothmans¹⁴⁷. 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. Par exemple, en 1998, 14 affaires concernant plusieurs autorités nationales de l'UE ont été ratifiées à la Commission européenne. Les cas des fusions Gillette/Wilkinson et de Boeing/McDonnell Douglas sont à cet égard particulièrement éloquents¹⁴⁸.

107. 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.

108. 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 hétérogène¹⁴⁹.

109. 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 restrictives¹⁵⁰. Les États souhaitent 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.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 6

Aspects éventuels de la protection des consommateurs

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

111. Dans certains pays, comme l'Australie, la France et la Pologne, 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 États 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 Algérie, en Australie, au Canada, en Colombie, au Costa Rica, aux États-Unis, en Fédération de Russie, en Finlande, en France, en Hongrie, en Norvège, en Nouvelle-Zélande, au Panama, au Pérou, en Pologne, au Royaume-Uni et à Sri Lanka.

112. Il importe aussi de tenir compte de la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la protection du consommateur¹⁵¹, 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. À ce propos, les Principes directeurs de l'ONU pour la protection du consommateur mentionnent expressément l'Ensemble de principes et de règles 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'application¹⁵².

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 7

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.

113. 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 les projets d'éléments pour l'article 5 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 la 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 détail¹⁵³.

114. 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 (voir encadré 12). 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.

115. 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. Pour l'autorisation des opérations relevant des projets d'éléments pour l'article 5, 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 l'emprise 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. L'encadré 12 indique, par exemple, le type d'informations sur le marché considéré devant être communiquées avec la notification et les informations devant être fournies sur le marché concerné dans le cas d'une notification d'une coentreprise structurelle.

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.

116. 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

ENCADRÉ 12

Notification : Informations au sujet des parties et de l'accord

- Nom des entreprises soumettant la notification;
- Informations sur les parties à l'accord et tous les groupes de sociétés auxquels elles appartiennent;
- Détails des accords ou arrangements notifiés, y compris toutes les dispositions qui risquent de limiter la liberté des parties de prendre des décisions commerciales indépendantes;
- Résumé non confidentiel que l'Administration de la concurrence peut divulguer en le publiant au *Journal officiel* ou diffuser sur *Internet*, en demandant à des parties tiers de formuler des observations à ce sujet;
- Motifs pour lesquels l'administration de la concurrence devrait accorder une attestation négative ou une exemption;
- Documents justificatifs (par exemple, rapports et comptes annuels de toutes les parties pour les trois dernières années);
- Copies des études internes ou externes sur le marché à long terme ou des documents de planification.

Informations sur le marché considéré devant être communiquées avec la notification

- Délimitation du marché considéré du produit défini par l'Administration de la concurrence comme comprenant tous les produits et/ou services qui sont jugés interchangeables ou remplaçables par le consommateur, en raison des caractéristiques des produits, de leurs prix ou de leur utilisation recherchée;
- Délimitation du marché géographique considéré défini par l'Administration de la concurrence comme comprenant la zone dans laquelle les entreprises concernées participent à la fourniture de produits ou de services, dans laquelle les conditions de la concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut se distinguer des zones voisines du fait en particulier que les conditions de la concurrence sont sensiblement différentes dans ces zones.
- Position des parties, des concurrents et des clients dans le ou les marchés considérés du produit;
- Accès sur le marché et concurrence potentielle sur le marché du produit et le marché géographique.

Informations sur le marché considéré concernant les coentreprises structurelles

- Délimitation du marché du produit et du marché géographique considéré, comme ci-dessus, plus questions supplémentaires sur les produits ou services directement ou indirectement visés par l'accord;
- Produits ou services notifiés qui sont des substituts économiques proches et questions plus détaillées sur le marché géographique;
- Informations sur les membres du groupe opérant sur les mêmes marchés;
- Questions sur les parties, les concurrents et les clients, comme ci-dessus;
- Questions sur l'accès au marché et concurrence potentielle, comme ci-dessus, plus détails supplémentaires, par exemple sur l'échelle viable minimale pour la pénétration sur le ou les marchés considérés du produit.

Sources : CNUCED et Commission européenne.

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.

117. 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.

118. 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 8

L'organe de tutelle et son organisation

1. Institution et appellation de l'organe de tutelle.

119. L'Ensemble de principes et de règles, au paragraphe 1 de la section E, demande aux États 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.

120. 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 commerciale¹⁵⁴. Il en va de même en Colombie¹⁵⁵ et au Pérou¹⁵⁶.

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.

121. 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 ou indépendant, 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 ques-

tions 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.

122. 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 comme la législation suisse. Dans d'autres pays (Algérie, Argentine, Brésil, Bulgarie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Fédération de Russie, Hongrie, Malte, Mexique, Panama, 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'économie¹⁵⁷. 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.

123. 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'Université¹⁵⁸.

3. Qualifications des personnes nommées.

124. 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 10 ans d'expérience dans leur spécialité¹⁵⁹. 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 intégrité¹⁶⁰.

125. 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'administration¹⁶¹. La législation de l'Italie¹⁶² et celle du Mexique¹⁶³ 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.

126. La durée du mandat des membres de l'organe de tutelle varie d'un pays à l'autre. Actuellement, ils sont nommés pour 7 ans en Australie et en Italie, 6 ans en Hongrie, 5 ans en Algérie et au Panama, 4 ans en Argentine, 10 ans au Canada et au Mexique, 5 ans en Bulgarie, en Inde, au Royaume-Uni et au Pakistan. En Lituanie, la loi stipule un mandat de 3 ans. Au Brésil, le mandat est de 2 ans, tandis qu'ailleurs, comme au Pérou et en Suisse, sa 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.

127. 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 Mexique¹⁶⁴, 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. L'imposition d'une sanction disciplinaire ou le licenciement, par exemple en Hongrie¹⁶⁵, ou la condamnation à une peine de prison, en Thaïlande¹⁶⁶, sont aussi un motif de destitution. En République populaire de Chine, un membre de l'organe d'État 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 loi¹⁶⁷. 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.

128. 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.

129. 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 9

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) :*

130. 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 de l'autorité reposent sur des principes garantissant une procédure régulière et la transparence.

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

131. 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. L'encadré 13 donne des exemples d'informations devant figurer dans une plainte soumise à l'administration de la concurrence. 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 de règles précise que les États 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 respectés¹⁶⁸.

132. Dans de nombreux pays, dont l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, la Fédération de Russie, la Hongrie, 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 ».

ENCADRÉ 13

Procédures d'enquête

i) Informations devant figurer dans une plainte soumise à l'Administration de la concurrence

- Détails sur le plaignant et sur le ou les entreprises mises en cause;
- Détails sur le fond de la plainte;
- Éléments établissant pourquoi le plaignant a un intérêt légitime;
- Détails si une plainte similaire a été déposée auprès de toute autre autorité (par exemple, ministères ou organes sectoriels) ou fait l'objet d'une procédure devant un tribunal;
- Détails sur les produits ou services en cause et description du marché considéré;
- Exposé sur les mesures correctives demandées à l'Administration de la concurrence (y compris les mesures provisoires).

ii) Exemples de documents que l'Administration de la concurrence peut examiner

- Pièces comptables;
- Documents sur les ventes;
- Documents sur la production;
- Documents sur les voyages;
- Agendas;
- Procès-verbaux ou notes de réunions tenues entre des membres de l'entreprise, ou avec des parties tiers;
- Relevés et copies de la correspondance (interne et externe), mémorandums personnels, y compris numéros de téléphone et de télécopie utilisés durant des périodes déterminées, relevés de courrier électronique;
- Matériaux photographiques.

Sources : Commission européenne et OC

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

133. 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

134. 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 antitrust¹⁶⁹. 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 commerciales¹⁷⁰; 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 commerce¹⁷¹. 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*

135. 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 concurrence¹⁷², et en France, au niveau de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)¹⁷³. 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 tout 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) *Établir des règlements et les promulguer*

136. 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 la révision de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la politique de réglementation et de concurrence*

137. 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 concurrence¹⁷⁴, au Portugal, où le Conseil de la concurrence peut formuler des opinions et donner des avis et directives relativement aux questions de concurrence¹⁷⁵, en Espagne, au niveau du Tribunal pour la protection de la concurrence¹⁷⁶, et au Mexique, au niveau de la Commission fédérale de la concurrence¹⁷⁷.

g) *Favoriser les échanges de renseignements entre États*

138. L'Ensemble de principes et de règles fait obligation aux États 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 compétitives¹⁷⁸. L'échange de renseignements et des consultations sont aussi prévus dans des accords bilatéraux entre les États-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.

139. 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 Mexique¹⁷⁹, la Norvège¹⁸⁰, le Portugal¹⁸¹ et la Suisse¹⁸², la législation renferme des dispositions spéciales concernant le caractère confidentiel des éléments de preuve recueillis en cours d'instance.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 10

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.

140. La section II de l'article 10 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)

141. 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'Algérie, l'Allemagne, le Brésil, la Côte d'Ivoire, la Fédération de Russie, la Hongrie, le Japon, la Lituanie, le Mexique, la Norvège, le Pakistan, le Panama, le Pérou et la Suisse, ainsi que dans la Communauté européenne, les organes de tutelle ont le pouvoir d'imposer des amendes. En Australie et aux États-Unis d'Amérique, ce pouvoir appartient aux tribunaux. Le montant maximal des amendes varie évidemment d'un pays à l'autre.

142. 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 États-Unis. Au Pérou, en cas de récidive, l'amende peut être doublée¹⁸³.

143. 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.

144. Dans la répression des pratiques restrictives, la tendance récente a été de chercher à dissuader en im-

sant 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'écus 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'écus, 132,15 millions d'écus et 248 millions d'écus, respectivement¹⁸⁴. Aux États-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 antitrust¹⁸⁵. 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 ciment¹⁸⁶.

- 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)

145. 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.

146. 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 États-Unis, les infractions pénales sont limitées aux infractions a priori bien définies et aux comportements manifestement anti-compétitifs : fixation collusoire des prix, truquage des offres et répartition des marchés. Seule la *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 États-Unis, des sanctions pénales prévues par la *Sherman Act* est régie par les codes pénaux fédéraux généraux et par le Règlement fédéral de procédure pénale¹⁸⁷.

- iii) Ordonnances avant faire droit ou de mesure provisoire

147. En Hongrie, le Conseil de la concurrence peut, à titre provisoire, prononcer la cessation du comportement illégal ou de la situation existante, s'il est nécessaire d'intervenir sans délai pour protéger les intérêts légitimes ou économiques des personnes concernées ou si l'instauration, le développement ou la continuation de la concurrence économique est menacé. Le Conseil de la concurrence peut aussi exiger un cautionnement¹⁸⁸.

- 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.;

148. Quand les États-Unis ont limité les importations de récepteurs de télévision en couleurs en provenance de la République de Corée, les sociétés Samsung, Gold Star et Daewoo 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 local¹⁸⁹.

149. Dans ce 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 jugée convenable, comme c'est le cas en France¹⁹⁰ et dans la Communauté européenne. 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)

150. Cette disposition est appliquée au Mexique, où la Commission peut ordonner la « déconcentration partielle ou totale » de la fusion¹⁹¹. Aux États-Unis, le démantèlement est appliqué dans le cas de fusions et acquisitions illégales¹⁹². Il est à noter que les pouvoirs de démantèlement pourraient être étendus aux situations de position dominante¹⁹³.

- 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 11

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.

151. 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 situa-

tion 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.

152. 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 Lituanie¹⁹⁴ et Fédération de Russie¹⁹⁵) 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 Colombie¹⁹⁶ et Portugal¹⁹⁷). 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 initiale¹⁹⁸. 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 de l'Administration de la concurrence en Suède¹⁹⁹.

153. 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 (Algérie, Côte d'Ivoire, Espagne, Italie, Lituanie, Panama et Suisse), 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'arbitrage²⁰⁰. À ce propos, un tribunal administratif spécial peut aussi être créé comme, par exemple, en Australie²⁰¹, au Danemark²⁰², au Kenya²⁰³, au Pérou²⁰⁴ et en Espagne²⁰⁵. 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 la Cour suprême. 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.

154. 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 12

Action en dommages-intérêts

Donner la possibilité à une personne, ou à l'État 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.

155. La disposition proposée donnerait le droit à un particulier, ou à l'État 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 États n'habiliteraient expressément l'organe de tutelle à cette fin. La législation d'un certain nombre de pays développés dispose que l'État peut engager des poursuites au nom de ses ressortissants²⁰⁶. 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 États-Unis et de la France.

156. 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 du Mexique²⁰⁷, du Pérou²⁰⁸ et du Venezuela²⁰⁹ vont dans ce sens.

Notes

¹ Voir, par exemple, Colombie, Finlande, Hongrie, Inde, Royaume-Uni et Suisse.

² Voir Chili, Japon et Pologne.

³ Les pays et institutions qui mentionnent la notion de « concurrence » dans leur législation sont notamment l'Allemagne, l'Algérie, l'Argentine, le Brésil, le Canada, la Côte d'Ivoire, le Danemark, l'Espagne, la France, la Grèce, l'Italie, la Lituanie, le Maroc, le Mexique, la Norvège, le Panama, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Tunisie et l'Union européenne. Voir aussi la liste de certains titres de lois sur la concurrence dans le monde figurant à l'annexe 1.

⁴ Ordonnance No 95-06 du 23 Cha'ban 1415 correspondant au 25 janvier 1995 relative à la concurrence, article premier.

⁵ Loi sur la concurrence, 1986, article. 1.1.

⁶ Loi sur la concurrence, 1989, article. premier.

⁷ Loi No LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, introduction.

⁸ Loi de la Mongolie sur l'interdiction de la concurrence déloyale, article premier.

⁹ Loi No 65, du 11 juin 1993, sur la concurrence dans les activités commerciales, article premier, 1 (Buts de la loi). Cette loi, dénommée loi sur la concurrence, est entrée en vigueur le 1er janvier 1994..

¹⁰ Loi No 29, du 1er février 1996, sur les règles en matière de protection de la concurrence et autres mesures, article premier.

¹¹ Décret législatif No 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, article 2.

¹² Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits, article premier.

¹³ Loi sur la concurrence (1993:20), du 14 janvier 1993, article premier.

¹⁴ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995, Lcart, RS 251, FF 1995 I 472, article premier.

¹⁵ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 4, 78 S.Ct. 514, 517, 2 L. Ed 2d 545, 549 (1958).

¹⁶ Loi visant à favoriser et à protéger l'exercice de la libre concurrence, article premier.

¹⁷ Décision 285 de la Commission de l'Accord de Carthagène, article premier.

¹⁸ Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité de Rome), Rome, 25 mars 1957, articles 2 et 3 f) en particulier.

¹⁹ MERCOSUR/CMC/DEC. No 29/94 sur les politiques publiques qui faussent la concurrence, premier considérant.

²⁰ *Trade Practices Act*, 1974, telle qu'amendée, article 45.

²¹ Article 10 de la loi fédérale sur la concurrence économique.

²² Voir TD/B/RBP/15/Rev.1, par. 24 à 26.

²³ 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.

²⁴ 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, où 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, où 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).

²⁵ Département de la justice des États-Unis, Directives de la Commission fédérale du commerce applicables aux fusions horizontales, 2 avril 1992.

²⁶ *Standard Oil Co. of California and Standard Stations Inc. v. United States*, Cour suprême des États-Unis, 1949, 337 U.S. 293, 299 S.Ct. 1051, 93 L.Ed. 1371.

²⁷ Renseignements fournis par le Gouvernement britannique.

²⁸ 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 émanant du Gouvernement britannique).

²⁹ *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.

³⁰ 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 (renseignements communiqués par le Gouvernement péruvien).

³¹ 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 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).

³² 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 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 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'État 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.

³³ Le droit de la propriété intellectuelle concerne la protection juridique associée 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 œuvres 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) : droit 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 œuvres 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 ».

³⁴ 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), art. 1 f) en particulier.

³⁵ Art. 144 de la loi intitulée « Copyright, Patents and Designs Act 1988 » et art. 51 de la loi intitulée « Patents Act 1977 ». Renseignements fournis par le Gouvernement britannique.

³⁶ 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.

³⁷ Directives antitrust pour les licences de propriété intellectuelle, publiées par le Département de la justice des États-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, le droit 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, au droit d'auteur, aux secrets commerciaux et aux 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.

³⁸ Art. 40 (deuxième partie, sect. 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).

³⁹ *Centrafarm B.V. v. Sterling Drug*, 1974 ECR 1147 (EC); *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 104 S.Ct. 2731 (1984).

⁴⁰ 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 aussi *Sonitrol of Fresno v. AT&T*, 1986-1 Trade Cas (CCII), art. 67,080 (la propriété de 32,6 % ne prouve pas l'absence de rivalité).

⁴¹ Voir Département de la justice des États-Unis, Directives de 1988 pour l'application des lois antitrust dans les opérations internationales, art. 62 et 63.

⁴² *The Monopolies and Restrictive Trade Practices (Control and Prevention) Ordinance*, 1970, telle qu'amendée jusqu'en 1983, art. 2 1) a).

⁴³ Ordonnance No 95-06, du 25 janvier 1995, sur la concurrence, art. 6.

⁴⁴ *The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*, 1969, telle qu'amendée jusqu'à la loi No 58 de 1991, art. 2 a).

⁴⁵ *Maintenance and Promotion of Competition Act*, 1979, art. 1 x) a).

⁴⁶ Loi du 24 février 1990 sur l'élimination des pratiques de monopole, art. 2 3) b).

⁴⁷ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits, art. 6 2). Il s'agit des «accords (actions coordonnées) conclus, quelle qu'en soit la forme».

⁴⁸ La loi de 1989 sur la protection de la concurrence, notamment en son article premier, mentionnait des «comportements prohibés».

⁴⁹ Loi No 91-999, du 27 décembre 1991, sur la concurrence, art. 7.

⁵⁰ Loi No LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 11.

⁵¹ Décret législatif No 701, de 1992, contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, art. 6.

⁵² Loi de 1991 visant à favoriser et à protéger l'exercice de la libre concurrence, art. 5.

⁵³ 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, art. 3.

⁵⁴ Décision MERCOSUR/CMC/No 21/94, art. 3.

⁵⁵ 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 émanant du Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne).

⁵⁶ Loi No LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 11 2).

⁵⁷ Décret 2153, du 30 décembre 1992, relatif aux fonctions de la Surintendance de l'industrie et du commerce, art. 47.

⁵⁸ Décision 285 de la Commission de l'Accord de Carthagène, art. 4 f).

⁵⁹ *The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*, 1969, telle qu'amendée jusqu'en 1991, art. 32.

⁶⁰ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

⁶¹ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits, art. 6 1) et 8.

⁶² Renseignements communiqués par le Gouvernement indien.

⁶³ Outre les États-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 a priori.

⁶⁴ *Webb-Pomerene Export Trade Act* de 1918 et *Export Trading Company Act* de 1982. Il convient de noter que la législation antitrust des États-Unis (par la voie de la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982, 15 U.S.C art. 6 a)) s'applique aux effets anticoncurrentiels sur les marchés d'exportation des États-Unis et non pas uniquement sur leur marché intérieur. D'autre part, les coentreprises constituées aux termes de l'*Export Trading Company Act* des États-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 États-Unis (renseignements communiqués par le Gouvernement des États-Unis).

⁶⁵ Concernant les ententes à l'exportation, la législation antitrust des États-Unis (aux termes de l'article 6 a) de la loi intitulée «Foreign Trade Antitrust Improvements Act» de 1982) s'applique aux effets anticoncurrentiels sur les marchés d'exportation et le marché intérieur des États-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 États-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 États-Unis (commentaire émanant du Gouvernement des États-Unis).

⁶⁶ Voir «Soumissions collusoires» — étude du secrétariat de la CNUCED (TD/B/RBP/12).

⁶⁷ *Restrictive Trade Practices, Monopolies and Price Control Act*, No 14, 1988, art. 11 4).

⁶⁸ Renseignements communiqués par le Gouvernement suédois.

⁶⁹ *The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*, art. 33, sect. 1, par. 9.

⁷⁰ *Ibid.* par. 1.

⁷¹ Dans l'affaire *Insurance Antitrust Litigation*, DKT 89-16530, signalée dans 60 BNA ATRR 909, 27 juin 1991.

⁷² 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 JO L281, 13 octobre 1983, p. 24.

⁷³ 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.

⁷⁴ *Wilk v. American Medical Association*, 1987, 2CCH Trade Cas., art. 67,721 (N.D. Ill., 1987).

⁷⁵ 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 télécopieur 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 États-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.

⁷⁶ 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 États-Unis).

⁷⁷ Commentaire émanant du Gouvernement des États-Unis.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Décret 2153, du 30 décembre 1992, relatif à la Surintendance de l'industrie et du commerce, art. 49.

⁸¹ Loi No LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 17 1).

⁸² *Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*, art. 32.

⁸³ Loi sur la concurrence, 1992, art. 5.

⁸⁴ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits, art. 6 3).

⁸⁵ Loi No 188/1991, du 8 juillet 1991, sur la protection de la concurrence économique, art. 5. Renseignements fournis par le Gouvernement slovaque.

⁸⁶ Observation présentée par le Gouvernement des États-Unis.

⁸⁷ 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 de le notifier 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'État (commentaire émanant du Gouvernement britannique).

⁸⁸ *Fair Trading Act*, 1973, art. 6 1). *Ibid.*, art. 6 2).

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Loi du 24 février 1990 sur l'élimination des pratiques de monopole, art. 2 7).

⁹¹ Loi sur la protection de la concurrence de la République tchèque, 1991, art. 9.

⁹² Décret-loi No 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 3 3) a).

⁹³ Loi sur l'interdiction de la concurrence déloyale, art. 3 1).

⁹⁴ Loi sur la concurrence, 1992, art. 2 : définition de la « position dominante ».

⁹⁵ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés de produits, art. 4.

⁹⁶ Loi sur les restrictions à la concurrence, 1957, telle qu'amendée, art. 22 3).

⁹⁷ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Affaire « Akzo », 3 juillet 1991.

⁹⁸ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Jugement « Michelin », 9 novembre 1993.

⁹⁹ Cours de justice des Communautés européennes, 14 février 1978, *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, 27/76, 1978, *Recueil*, p. 207.

¹⁰⁰ Commentaire émanant de la Commission des Communautés européennes. Jugement « Vetro Piano en Italie », 10 mars 1992.

¹⁰¹ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Décision « Nestlé-Perrier », 22 juillet 1992.

¹⁰² Renseignements communiqués par le Gouvernement britannique.

¹⁰³ Pour un complément d'information sur la législation des États-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.Ed.2d 738 (1963) (applique la « règle de raison »); *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 87 S.Ct. 1856, 18 L.Ed.2d 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.Ed.2d 568 (1977) (rejette la notion d'« infraction à priori » de Schwinn et retourne à celle de « caractère raisonnable »).

¹⁰⁴ Voir affaire *Hoffman-La Roche*.

¹⁰⁵ Loi du 2 septembre 1993 de la République populaire de Chine sur la répression de la concurrence déloyale, art. 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.

¹⁰⁶ Loi de la Mongolie sur l'interdiction de la concurrence déloyale, art. 4 3).

¹⁰⁷ Loi No LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 21 h).

¹⁰⁸ *McDonald v. Johnson and Johnson*, No 4-79-189 (D. Minn, 14 avril 1982).

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ Voir affaires *Effem and Atlas Building Products Company v. Diamond Block & Gravel Company*.

¹¹¹ *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37, 1948.

¹¹² *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.

¹¹³ Décret législatif No 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, 1992, art. 5 b) (renseignements communiqués par le Gouvernement péruvien).

¹¹⁴ *Trade Practices Act*, 1974, art. 49, sect. 1.

¹¹⁵ Observation présentée par le Gouvernement des États-Unis.

¹¹⁶ 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).

¹¹⁷ *Commerce Act*, 1986, deuxième partie, art. 37 1).

¹¹⁸ Renseignements communiqués par le Gouvernement suédois.

¹¹⁹ Il s'agit de la loi intitulée *Consumer Protection Act* de 1987, selon laquelle 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'État 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 ils ont commencé à faire la comparaison. En d'autres termes, un commerçant qui annonce « prix de détail recommandé XXX livres, mon prix est de 50 % inférieur » 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.

¹²⁰ Loi sur la concurrence, 1986, art. 37.3 4).

¹²¹ *Journal officiel des Communautés européennes*, No L377/16, du 31 décembre 1980.

¹²² Loi sur la concurrence, 1986, art. 37.3 6).

¹²³ Observation présentée par le Gouvernement des États-Unis.

¹²⁴ Décision de la Commission de la concurrence, du 18 avril 1978. Renseignements communiqués par le Gouvernement japonais.

¹²⁵ *Cinzano et Cie GmbH c. Jara Kaffee GmbH et Cie*, décision du 2 février 1973.

¹²⁶ *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.

¹²⁷ Arrêt rendu le 10 octobre 1978, affaire 3/78, *Recueil*, 1978, p. 1823.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ Observation présentée par le Gouvernement des États-Unis.

¹³⁰ Au sujet des refus unilatéraux de vente, voir : *United States v. Colgate & Co.*, Cour suprême des États-Unis, 1919. 250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465, 53 L.Ed. 992, 7 A.L.R. 443. Également : *United States v. Schrader's Son Inc.*, 252 U.S. 85, 40 S.Ct. 251, 64 L.Ed. 471 (1920).

¹³¹ Observation présentée par le Gouvernement des États-Unis.

¹³² La Cour suprême des États-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.Ed.2d 510 (1962).

¹³³ 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).

¹³⁴ H.R. 4972, portant amendement de l'article 271 d) de la loi sur les brevets.

¹³⁵ Ordonnance No 95-06, du 25 janvier 1995, sur la concurrence, art. 7.

¹³⁶ Loi No LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 21 f).

¹³⁷ Loi sur l'interdiction de la concurrence déloyale, art. 4 5).

¹³⁸ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (*Lcart*, RS 251, FF 1995 I 472), art. 7 f).

¹³⁹ MERCOSUR/CMC/No 21/94, décision sur la protection de la concurrence, annexe, art. 4 d).

¹⁴⁰ Jusqu'à présent, le contrôle des fusions a été présenté dans la Loi type, comme dans l'Ensemble, dans le contexte d'un « abus d'une position dominante ». Conformément à la législation moderne sur la concurrence, il est proposé actuellement de faire figurer une disposition distincte sur le contrôle des fusions dans la Loi type.

¹⁴¹ 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.

¹⁴² Règlement du Conseil (CEE) No 4064/89, de décembre 1989, sur le contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel des Communautés européennes*, No L395, 30 décembre 1989.

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ Les dispositions relatives au renvoi aux autorités compétentes des États membres font l'objet de l'article 9 du Règlement du Conseil No 4064/89.

¹⁴⁵ L'Office coréen de la concurrence a jugé illégale une acquisition regroupant une société qui détenait 54 % du marché des stabilisateurs de 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.

¹⁴⁶ Selon l'expérience des États-Unis, il est extrêmement improbable que les fusions hétérogènes créent des difficultés en matière de concurrence (observation présentée par le Gouvernement des États-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).

¹⁴⁷ Pour un exposé complet de ces affaires, voir TD/B/RBP/48, par. 12 à 22.

¹⁴⁸ 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 États-Unis. En raison de la réglementation relative au contrôle des fusions dans l'Union européenne et aux États-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 combinée 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/B/RBP/CONF.4/6). La fusion entre Boeing et McDonnell Douglas est aussi une affaire particulièrement intéressante étant donné que l'opération envisagée qui avait été notifiée aux administrations de la concurrence des États-Unis et de l'Union européenne avait tout d'abord donné lieu à des prises de position divergentes de la part de ces deux administrations quant à l'opportunité d'autoriser la fusion. La fusion entre Boeing Co. et McDonnell Douglas Corp. visait à réunir deux grandes entreprises américaines jouant un rôle majeur dans l'industrie de l'aéronautique civile internationale en ne laissant sur le marché qu'un seul autre concurrent important, le groupe Airbus Industry dont le siège est situé dans l'UE. Aux États-Unis, l'administration de contrôle, la Commission fédérale du commerce, a décidé de ne pas s'opposer à l'opération, en estimant qu'à de nombreux égards, McDonnell Douglas n'était plus un concurrent très actif. La prise de contrôle par Boeing d'une entreprise presque défaillante n'a pas été jugée préjudiciable à la situation de la concurrence dans cette branche commerciale. En revanche, conformément à sa jurisprudence sur l'interdiction du projet de fusion en 1991 entre Alenia-Aérospatiale dont le siège est situé dans l'Union européenne et De

Havilland (une entreprise défailante dont le siège se trouve au Canada, une filiale de Boeing Co.), la Commission de l'Union européenne a exprimé, après avoir reçu notification de Boeing Co., son intention d'absorber McDonnell Douglas Corp., des inquiétudes fondamentales au sujet de la fusion qui ont abouti apparemment à une impasse et des préoccupations au sujet des répercussions potentiellement plus larges sur le commerce international de l'échec de la tentative d'aboutir à une approche consensuelle. Une solution a été trouvée lorsque Boeing Co. a pris des engagements concernant l'annulation de ses contrats d'exclusivité à long terme avec des compagnies aériennes d'Amérique du Nord qu'il avait antérieurement négociés avec elles et d'autres questions. Pour plus de détails, voir Commission de l'UE, *XXVIIème Rapport annuel sur la politique de la concurrence 1997*, Luxembourg, 1998.

¹⁴⁹ 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 de donner lieu davantage à des accords restrictifs qu'à des fusions. Commentaire émanant du Gouvernement britannique.

¹⁵⁰ La situation ne doit pas être envisagée uniquement au niveau de la direction. Aux États-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.

¹⁵¹ Résolution 39/248 de l'Assemblée générale, du 9 avril 1985.

¹⁵² Ibid., par. 15.

¹⁵³ Renseignements communiqués par le Gouvernement suédois.

¹⁵⁴ *The Monopolies and Restrictive Trade Practices Ordinance (amended)*, juin 1980.

¹⁵⁵ Décret 2153, du 30 décembre 1992, relatif à la Surintendance de l'industrie et du commerce, art. 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.

¹⁵⁶ Décret-loi 25868. Loi portant création de l'Institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle (INDECOPI), art. 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.

¹⁵⁷ Loi 22262 pour la préservation de la concurrence, art. 7.

¹⁵⁸ Décret 511, du 27 octobre 1980. Renvoi au décret législatif 2760, art. 16.

¹⁵⁹ Décret législatif No 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, 1992, art. 10.

¹⁶⁰ Loi 8884 du 11 juin 1994 sur les changements apportés au Conseil administratif de la protection économique.

¹⁶¹ Loi No LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 40.

¹⁶² Règles pour la protection de la concurrence et du marché, art. 10 3).

¹⁶³ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, art. 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, art. 33.

¹⁶⁴ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, art. 27.

¹⁶⁵ Loi No LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 38 3) d).

¹⁶⁶ *Price Fixing and Anti-Monopoly Act*, B.E. 2522 (1979), art. 12 6).

¹⁶⁷ Loi de la République populaire de Chine du 2 septembre 1993 pour la répression de la concurrence déloyale, art. 32.

¹⁶⁸ Commentaire émanant du Gouvernement des États-Unis.

¹⁶⁹ Loi 8884 du 11 juin 1994, art. 14.XIV.

¹⁷⁰ Ibid., art. 16 2).

¹⁷¹ Décret-loi No 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 13 1) c) et 13 2).

¹⁷² Décret royal 157/192, du 21 février 1992, chap. III, art. 19 à 23.

¹⁷³ Ordonnance 86-1243, du 1er décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 44.

¹⁷⁴ Loi du 15 novembre 1991 relative à l'organisation et aux activités de la Commission de protection de la concurrence, art. 4 3).

¹⁷⁵ Décret-loi No 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 13 1) b), c) et d).

¹⁷⁶ Loi 16/1989, du 17 juillet, pour la protection de la concurrence, art. 26. On trouvera un complément d'information sur la question dans : *Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria 1992*, p. 66.

¹⁷⁷ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, art. 24 V) et VI).

¹⁷⁸ Loi sur la préservation de la concurrence économique, art. 50 b).

¹⁷⁹ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, art. 31, par. 2, et Règlement intérieur de la Commission fédérale de la concurrence, du 12 octobre 1993, art. 34.

¹⁸⁰ Loi 65, du 11 juin 1993, sur la concurrence dans l'activité économique, art. 6-2 (rassemblement de preuves).

¹⁸¹ Décret-loi No 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 19.

¹⁸² Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (Lcart, RS 251, FF 1995 I 472), art. 25.

¹⁸³ Décret législatif No 701 contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, 1992, art. 23. (Renseignements communiqués par le Gouvernement péruvien).

¹⁸⁴ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes.

¹⁸⁵ H.R. 29, *Antitrust Amendment Act*, 1990.

¹⁸⁶ 60 BNA ATRR 459.

¹⁸⁷ Renseignements communiqués par le Gouvernement des États-Unis.

¹⁸⁸ Loi No LVII, de 1996, sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives, art. 72 1) c) et 2).

¹⁸⁹ Affaire *Samsung Electronics Company*, 4 KFTC 58, 26 décembre 1984.

¹⁹⁰ Ordonnance 86-1243, du 1er décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 12 et 15.

¹⁹¹ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, art. 35 I).

¹⁹² Renseignements communiqués par le Gouvernement des États-Unis. Il est à noter qu'aux États-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 l'article 4 de la loi Sherman et l'article 5 de la loi Clayton habilent le Ministre de la justice à entamer une procédure en équité pour empêcher et circonscrire des infractions aux lois antitrust, et 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.

¹⁹³ Commentaire émanant du Gouvernement britannique.

¹⁹⁴ Loi de 1992 sur la concurrence, art. 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.

¹⁹⁵ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation de l'activité de monopole sur les marchés de produits, art. 28 relatif à la procédure de recours contre les décisions du Comité antimonopole.

¹⁹⁶ Décret 2153, du 30 décembre 1992, relatif à la Surintendance de l'industrie et du commerce, art. 52, cinquième paragraphe.

¹⁹⁷ Décret-loi No 371/93, du 29 octobre 1993, sur la protection et la promotion de la concurrence, art. 28 et 35.

¹⁹⁸ Commentaire émanant du Gouvernement des États-Unis.

¹⁹⁹ Art. 62 de la loi de 1993 sur la concurrence. Les décisions prises par l'Administration 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.

²⁰⁰ Loi du 30 mai 1995 sur la concurrence et la limitation de l'activité de monopole sur les marchés de produits, art. 28.

²⁰¹ Tribunal des pratiques commerciales.

²⁰² Juridiction d'appel nommée par le Ministre du commerce.

²⁰³ Tribunal des pratiques commerciales restrictives.

²⁰⁴ Tribunal pour la défense de la concurrence et de la propriété intellectuelle.

²⁰⁵ Tribunal pour la protection de la concurrence.

²⁰⁶ Voir la loi intitulée *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act* de 1976 dans le cas des États-Unis.

²⁰⁷ Loi fédérale sur la concurrence économique, 1992, art. 38.

²⁰⁸ Décret législatif contre les pratiques de monopole, de contrôle et de restrictions contraires à la libre concurrence, art. 25.

²⁰⁹ Loi visant à favoriser et à protéger l'exercice de la libre concurrence, art. 55.

ANNEXES

ANNEXE I

Titres des lois sur la concurrence dans le monde

Plusieurs pays ont adopté des lois sur la concurrence dans les années 80 et 90. On trouvera ci-après des exemples des titres donnés à ces lois par des pays, dans l'ordre alphabétique.

Pays	Titre de la loi sur la concurrence
Afrique du Sud	Loi de 1979 sur le maintien et la promotion de la concurrence
Algérie	Loi sur la protection de la concurrence économique
Allemagne	Loi de 1957 sur les restrictions à la concurrence
Argentine	Loi No 22 262 de 1980 sur la concurrence
Australie	Loi de 1974 sur les pratiques commerciales
Autriche	Loi sur les cartels de 1998
Belgique	Loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique
Brésil	Loi fédérale No 8 884 de 1994 sur le système de défense de la concurrence
Canada	Loi sur la concurrence
Chili	Loi antimonopole
Chine	Loi antimonopole
Colombie	Loi relative à la promotion de la concurrence et aux pratiques commerciales restrictives
Costa Rica	Loi sur la promotion de la concurrence et la protection effective du consommateur
Côte d'Ivoire	Loi sur la concurrence
Danemark	Loi sur la concurrence de 1997
Espagne	Loi 16/1989 sur la défense et la protection de la concurrence
États-Unis d'Amérique	Lois antitrust (loi Sherman, loi Clayton, loi sur la Commission fédérale du commerce, loi Hart-Scott-Rodino sur les améliorations de la législation antitrust)
Fédération de Russie	Loi de 1991 sur la concurrence et la limitation des pratiques de monopole sur les marchés des produits
Finlande	Loi sur les restrictions à la concurrence
France	Ordonnance No 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence
Grèce	Loi 703/77 sur le contrôle des monopoles et des oligopoles et la protection de la libre concurrence
Hongrie	Loi sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives (loi No LVII de 1996)
Inde	Loi sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives
Irlande	Loi sur la concurrence de 1991 et lois sur les fusions et les prises de contrôle de 1978 à 1996
Israël	Loi sur les restrictions à la liberté du commerce, 5748-1988
Italie	Règles pour la protection de la concurrence et du marché
Jamaïque	Loi sur la concurrence loyale
Japon	Loi concernant l'interdiction des monopoles privés et le maintien d'une concurrence loyale dénommée aussi « loi antimonopole »

Pays	Titre de la loi sur la concurrence
Kenya	Loi sur les pratiques commerciales restrictives, les monopoles et la régulation du commerce
Luxembourg	Loi du 17 juin 1970 régissant les pratiques commerciales restrictives
Malte	Loi visant à réguler la concurrence et à assurer des pratiques commerciales équitables
Mexique	Loi fédérale sur la concurrence économique
Mongolie	Loi sur l'interdiction de la concurrence déloyale
Pays-Bas	Loi sur la concurrence du 22 mai 1997
Nouvelle-Zélande	Loi sur le commerce de 1986
Norvège	Loi sur la concurrence de 1993
Pakistan	Ordonnance sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives (contrôle et prévention)
Panama	Loi sur la protection de la concurrence
Pérou	Décret législatif contre les pratiques monopolistiques, abusives et restrictives faussant la libre concurrence
Pologne	Loi sur l'élimination des pratiques de monopole du 24 février 1990
Portugal	Décret-loi No 371/93 du 29 octobre 1993 sur la protection et la promotion de la concurrence
République de Corée	Réglementation sur les monopoles et loi sur les pratiques commerciales loyales de 1980
République tchèque	Loi sur la protection de la concurrence commerciale
Royaume-Uni	Loi sur les pratiques commerciales équitables et loi sur la concurrence, loi sur les pratiques commerciales restrictives, loi sur les prix de revente
Slovaquie	Loi No 188/1994 – Recueil sur la protection de la concurrence économique
Sri Lanka	Loi sur la Commission de la concurrence
Suède	Loi sur la concurrence de 1993
Suisse	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
Union européenne	Règles de concurrence du Traité instituant l'Union européenne
Venezuela	Loi visant à promouvoir et à protéger l'exercice de la libre concurrence

ANNEXE II

Systèmes antitrust de notification des fusions dans le monde

Système de notification obligatoire avant la fusion		Système de notification obligatoire après la fusion	Système de notification volontaire
Afrique du Sud	Kazakhstan	Afrique du Sud	Australie
Albanie	Kenya	Argentine	Chili
Allemagne	Lettonie	Danemark	Côte d'Ivoire
Argentine	Lituanie	Espagne	France
Autriche	Macédoine	ex-République yougoslave de Macédoine	Norvège
Azerbaïdjan	Mexique	Fédération de Russie	Nouvelle-Zélande
Bélarus	Ouzbékistan	Grèce	Panama
Belgique	Pays-Bas	Indonésie (à partir de mars 2000)	Royaume-Uni
Brésil	Pologne	Japon	Venezuela
Bulgarie	Portugal	République de Corée	
Canada	Province chinoise de Taiwan	Tunisie	
Chypre	République de Moldova		
Colombie	République slovaque		
Corée du Sud	République tchèque		
Croatie	Roumanie		
Estonie	Slovénie		
États-Uni d'Amérique	Suède		
Fédération de Russie	Suisse		
Finlande	Thaïlande		
Grèce	Turquie		
Hongrie	Tunisie		
Inde	Ukraine		
Irlande	Union européenne		
Israël	Yougoslavie		
Italie			
Japon			

Source : Manuel de la CNUCED.

ANNEXE III

*Systèmes de contrôle des fusions***1. Pays dotés d'un système de notification obligatoire avant les fusions**

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Brésil					
Système obligatoire.	<p>La part du marché qui résultera de la fusion doit atteindre au moins 20 % dans le marché considéré ou le chiffre d'affaires mondial doit dépasser 400 millions de reais.</p> <p>La notification doit être déposée dans les 15 jours ouvrables après l'exécution de l'opération.</p>	<p>30 jours au SEA + 30 jours au SDE + 60 jours au CADE, interrompus chaque fois que les autorités envoient des lettres officielles demandant un complément d'information.</p> <p>Pas d'effet suspensif.</p>	<p>Les opérations qui faussent ou limitent la concurrence ne seront autorisées que si elles accroissent l'efficacité, et si ces gains d'efficacité sont avantageux pour les consommateurs.</p>	<p>Défaut de notification : les sanctions varient entre 55 000 reais et 5,5 millions de reais.</p>	<p>Les secteurs réglementés sont aussi soumis à des règles spéciales.</p>
Canada					
Système obligatoire.	<p>La notification préalable des fusions est obligatoire si les seuils légaux concernant les actifs et le chiffre d'affaires sont dépassés.</p> <p>Les parties peuvent déposer leur notification à tout moment après avoir conclu un accord de principe, sous réserve que des informations suffisantes soient disponibles pour remplir le formulaire.</p>	<p>Une période d'attente de 12 ou 42 jours en fonction de la question de savoir si un formulaire abrégé ou complet est choisi (sous réserve du droit du commissaire de proroger la période dans le cas d'un formulaire abrégé). Dans de rares circonstances, une période d'attente peut être réduite par l'administrateur responsable. Suspension durant les périodes d'attente.</p>	<p>Question de savoir si la fusion risque d'entraver ou de limiter la concurrence sensiblement dans un marché considéré.</p>	<p>Le défaut de notification d'une opération devant être préalablement notifiée constitue une infraction pénale passible d'une amende de 50 000 dollars canadiens.</p>	<p>Les opérations auxquelles participent des non-ressortissants canadiens doivent être notifiées en application de la loi sur les investissements au Canada, et peuvent être soumises à un contrôle. Les fusions concernant des médias, des compagnies d'assurance, des sociétés de prêts et des banques, notamment, peuvent être soumises à l'obligation de notification et examinées en application de la législation propre à la branche d'activité considérée.</p>

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Colombie					
Système obligatoire.	Les sociétés exerçant les mêmes activités par exemple la production, l'approvisionnement, la distribution ou la consommation d'un article, d'une matière première, d'un produit, d'une marchandise ou d'un service déterminé, dont les actifs soit individuellement soit conjointement atteignent au moins 20 millions de pesos (environ 10 000 dollars des États-Unis) doivent notifier tous les projets de regroupement et/ou de fusion.	Le directeur dispose d'un délai de 30 jours ouvrables à compter de la date de la communication des informations pour rejeter le projet de fusion. Si dans ce délai, le directeur ne donne aucune réponse, la fusion peut avoir lieu.	La question de savoir si la concurrence est ou non indûment restreinte par la fusion.	Si toutes les prescriptions légales ne sont pas respectées, la fusion sera considérée comme nulle de plein droit.	Une décision de la Cour constitutionnelle déclarant que le décret 1122 de 1999 est contraire à la Constitution constitue un recul en matière de contrôle des fusions en Colombie; on s'attend à ce que le règlement figurant dans le décret 1122 sera publié à nouveau dans un proche avenir, car la décision de la Cour était entachée d'un vice de procédure.
Union européenne					
Règlement européen sur le contrôle des fusions.	Chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial supérieur à 5 milliards d'euros et chiffre d'affaires dans l'UE par au moins deux parties supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des parties ne réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires à l'intérieur de l'UE dans un seul et même État ou chiffre d'affaires total sur le plan mondial supérieur à 2,5 milliards d'euros; chiffre d'affaires dans l'UE d'au moins deux des entreprises supérieur à 100 millions d'euros chacune; chiffre d'affaires total dans chacun d'au moins trois États membres supérieur à 100 millions d'euros; chiffre d'affaires dans chacun de ces trois États membres réalisé par chacune d'au moins deux des entreprises supérieur à 25 millions d'euros, à moins que chacune des parties ne réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires dans l'UE dans un seul et même État. Dépôt d'une notification préalable à la fusion dans un délai d'une semaine avant la conclusion de l'accord ou avis d'offre publique ou de prise de contrôle (selon que l'une ou l'autre se produit la première).	Phase 1 : un mois à compter de la notification ou six semaines à compter de la notification lorsque les parties ont pris des engagements destinés à servir de base à une décision d'autorisation. Phase 2 : quatre mois supplémentaires. Effets suspensifs : suspension de l'opération jusqu'à l'adoption de la décision finale avec une exception limitée pour les offres publiques.	Question de savoir si la fusion créera ou renforcera ou non une position dominante qui entravera sensiblement la concurrence dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci. En outre, les aspects de coopération des coentreprises en pleine activité sont évalués conformément aux critères des alinéas 1) et 3) de l'article 81. D'une manière générale, les avantages économiques doivent l'emporter sur les inconvénients pour la concurrence.	Défaut de notification : amendes de 1 000 à 50 000 euros. Réalisation avant autorisation : amendes pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total sur le plan mondial des parties.	Règles spéciales pour le calcul des seuils pour les banques et les compagnies d'assurance. Les fusions dans les secteurs du charbon et de l'acier sont soumises aux dispositions du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (avis sur l'alignement des procédures adopté le 1er mars 1998).

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Allemagne					
<p>Nouvelle législation en vigueur à compter de janvier 1999.</p> <p>Système obligatoire.</p> <p>Formulaire de notification : pas de formulaire spécial; plus abrégé que le formulaire CO; en allemand.</p>	<p>Chiffre d'affaires total sur le plan mondial de toutes les parties supérieur à un milliard de DM et au moins une des parties doit avoir un chiffre d'affaires d'au moins 50 millions de DM en Allemagne (exception <i>de minimis</i>).</p> <p>Notification préalable des fusions à tout moment avant leur réalisation.</p>	<p>Phase 1 : un mois à compter de la notification.</p> <p>Phase 2 : trois mois supplémentaires.</p> <p>Effets suspensifs : interdiction de procéder à la fusion avant autorisation (possibilité d'exemption pour des raisons importantes).</p>	<p>Question de savoir si une fusion créera ou renforcera ou non une position dominante sur le marché (présomptions légales de position de force) qui n'est pas plus que compensée par une amélioration des conditions du marché.</p>	<p>Défaut de notification; notification incomplète, inexacte ou tardive : amendes de 50 000 DM au plus.</p> <p>Réalisation avant autorisation : amendes d'un million de DM au plus ou trois fois les recettes supplémentaires; opération nulle.</p> <p>Défaut d'adresser une notification a posteriori : amendes de 50 000 DM au plus.</p>	<p>Dispositions spéciales dans le secteur de l'audiovisuel.</p> <p>Nouvelles procédures de notification pour les banques et les compagnies d'assurance.</p> <p>Notification a posteriori sans « retard excessif » après réalisation de la fusion notifiée.</p>
Inde					
<p>Système obligatoire.</p>	<p>Lois sur les sociétés : acquisitions d'actions dépassant 25 %, cession d'actifs supérieurs à 10 %</p> <p>Code sur les rachats : acquisitions de 10 % des actions ou plus.</p>	<p>Loi sur les sociétés : parts de sociétés étrangères : 60 jours. Aucune autre date limite.</p>	<p>Intérêt de la société ou intérêt public ou intérêt des actionnaires.</p>	<p>Défaut d'exécution : des sanctions sont prévues.</p>	<p>Dispositions spéciales pour les sociétés étrangères ayant des entreprises établies en Inde.</p>
Italie					
<p>Système obligatoire.</p> <p>Formulaire de notification : formulaire spécial. Informations détaillées similaires à celles du formulaire CO. En italien.</p>	<p>Chiffre d'affaires global supérieur à 710 milliards de liras en Italie ou chiffre d'affaires fixé comme objectif en Italie supérieur à 71 milliards de liras.</p> <p>Dépôt d'une notification avant la fusion, à tout moment avant sa réalisation.</p>	<p>Phase 1 : 30 jours à compter de la notification.</p> <p>Phase 2 : 45 jours supplémentaires (prorogeable de 30 jours supplémentaires lorsque les informations sont insuffisantes).</p> <p>Pas d'effet suspensif. D'une manière générale, l'opération peut être mise en œuvre après la notification.</p>	<p>Question de savoir si la fusion créera ou renforcera ou non une position dominante sur le marché national susceptible de risquer d'éliminer ou de réduire la concurrence d'une manière considérable et durable.</p>	<p>Défaut de notification : amendes d'1 % au plus du chiffre d'affaires des parties en Italie de l'année précédant l'exposé des objections.</p> <p>Réalisation avant autorisation : aucune sanction.</p>	<p>Dispositions spéciales dans les secteurs de l'électricité et du gaz, de l'audiovisuel et de la distribution de films et pour les banques et les compagnies d'assurance.</p>
Japon					
<p>Système obligatoire.</p> <p>Formulaire de notification : dépôt d'un rapport officiel auprès de la Commission de la concurrence. La notification doit être rédigée en japonais.</p>	<p>Des modifications de la loi, qui ont pris effet le 1er janvier 1999, ont assoupli les conditions requises pour les dépôts de notification concernant les fusions et les cessions d'entreprises en établissant des seuils monétaires. Aux termes de ces modifications, seules les fusions et les cessions d'entreprises entre une société dont l'ensemble des actifs est supérieur à 10 milliards de yen et une société dont l'ensemble des actifs est supérieur à 1 milliard de yen sont soumises à l'obligation de notification.</p>	<p>Aucune société ne peut procéder à une fusion ou à une cession d'entreprises avant l'expiration d'une période d'attente de 30 jours, à compter de la date à laquelle la Commission de la concurrence accepte officiellement la notification de fusion ou de cession d'entreprises, en l'absence de toute objection de sa part.</p>	<p>L'autorisation ne sera donnée que si l'effet de la fusion ou de la cession d'entreprises ne restreint pas sensiblement la concurrence dans le marché considéré.</p>	<p>Défaut de notification : amende de 2 millions de yen au plus.</p> <p>Réalisation avant autorisation : amende de 2 millions de yen au plus.</p>	<p>Un seuil de chiffres d'affaires est appliqué pour l'acquisition d'une nouvelle entreprise japonaise.</p>

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Mexique					
<p>Système obligatoire.</p> <p>Formulaire de notification : formulaire abrégé ou complet. Questionnaire uniquement pour le formulaire complet. La notification doit être rédigée en espagnol.</p>	<p>Procédure normale : environ 40 jours ouvrables, peut être portée à 145 jours ouvrables dans les affaires complexes.</p> <p>La notification doit être faite avant la réalisation des fusions.</p>	<p>1) Acquisition d'une part d'une valeur d'environ 44 millions de dollars ou plus;</p> <p>2) Acquisition de 35 % ou plus d'une entreprise dont les actifs ou le chiffre d'affaires sont supérieurs à 176 millions de dollars.</p> <p>Les actifs ou le chiffre d'affaires des parties de 176 millions de dollars, y compris l'acquisition des actifs ou des parts de capital d'un montant supérieur à 18 millions de dollars. Essentiellement les actifs ou le chiffre d'affaires au Mexique.</p>	<p>Général : opération susceptible de réduire, de fausser ou d'empêcher la concurrence.</p> <p>Spécifique : acquisition d'une position de force sur le marché, élimination de concurrents ou cloisonnement du marché; opération facilitant les pratiques anticoncurrentielles (à priori ou selon le critère du caractère raisonnable).</p>	<p>Défaut de notification : amendes (de 300 000 dollars au plus) et opération nulle de plein droit.</p>	<p>Les règles de la concurrence régissent la plupart des domaines spécialement réglementés.</p> <p>Des règles spéciales sont appliquées aux secteurs des banques et des télécommunications.</p>
Portugal					
<p>Système obligatoire.</p>	<p>Part du marché global au Portugal supérieure à 30 % ou chiffre d'affaires total au Portugal supérieur à 30 milliards d'escudos.</p> <p>Notification : avant que les opérations juridiques donnant effet à la concentration soient conclues et avant l'annonce de toute offre publique à ce sujet.</p>	<p>Phase 1 : 40 jours à compter de la notification (prorogables à la suite d'une demande d'information ou si des fausses informations sont notifiées) ou 90 jours si l'Administration engage la procédure de plein droit. La notification est adressée au Ministre chargé des questions commerciales aux fins de décision.</p> <p>Phase 2 : Dans un délai de 50 à 95 jours à compter de la notification, en fonction d'une évaluation positive ou négative de l'opération.</p> <p>Suspension jusqu'à l'octroi de l'autorisation.</p>	<p>Question de savoir si l'opération crée ou renforce une position dominante au Portugal, ou dans une partie importante du Portugal, qui risque d'empêcher, de fausser ou de restreindre la concurrence. Toutefois, l'opération peut être autorisée si</p> <p>1) le bilan économique de la fusion envisagée est positif ou</p> <p>2) si la compétitivité internationale des entreprises participantes sera sensiblement accrue.</p>	<p>Défaut de notification : amendes de 100 000 à 100 millions d'escudos.</p> <p>Réalisation avant autorisation : l'opération n'aura aucun effet juridique avant l'octroi de l'autorisation.</p>	<p>La loi ne s'applique pas aux concessionnaires de services publics dans les limites du contrat de concession. Les dispositions concernant le contrôle des fusions ne s'appliquent pas aux secteurs bancaire, financier ou des assurances qui sont néanmoins soumis à des dispositions spéciales de caractère prudentiel. L'application d'autres réglementations dont le Code des sociétés commerciales, la législation financière et boursière, ainsi que les règles sur les investissements étrangers, peut être pertinente.</p>

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
République de Corée					
Système obligatoire.	La notification doit être faite dans les 30 jours à compter de la date des opérations envisagées.	30 jours (peut être prorogé jusqu'à 60 jours). Effets suspensifs : il y a une période d'attente de 30 jours suivant la notification avant que le projet de fusion/acquisition puisse être réalisé (ce délai peut être réduit ou prorogé).	Le critère de fond consiste à déterminer si un projet de fusion/acquisition a un effet anticoncurrentiel sur le marché. La part du marché est un facteur important pour déterminer si ce projet a un tel effet.	Défaut de notification : amendes de 100 millions de won au plus. Réalisation avant autorisation : la Commission de la concurrence peut engager une action en annulation d'une fusion à l'encontre de sociétés qui ont violé les dispositions concernant le délai de suspension; amendes de 100 millions de won au plus.	Dispositions spéciales concernant les concentrations des <i>chaebol</i> (conglomérats) et les institutions financières.
Afrique du Sud					
Système obligatoire. Formulaires prescrits devant être remplis mais des détails limités sont exigés.	La notification doit être faite dans les 7 jours suivant la date la plus rapprochée : soit de la conclusion de l'accord de fusion, soit de l'annonce publique d'un projet d'offre de fusion soit de l'acquisition par une partie d'une participation majoritaire dans une autre partie.	Pour les fusions de moyenne importance, le délai d'attente pour obtenir un certificat d'autorisation de la Commission est de 30 jours, sous réserve du droit de cette commission de proroger cette période de 60 jours au plus. Si aucune réponse n'est reçue de la Commission dans le délai prévu, l'approbation est considérée comme ayant été obtenue. Pour les grandes fusions, cette période peut être plus longue et aucun délai n'est spécifié pour que le tribunal procède à une audition, mais celle-ci doit se tenir dans les 15 jours à compter de la saisine du tribunal par la Commission.	Question de savoir si la fusion est susceptible d'avoir pour effet d'empêcher ou de réduire la concurrence sur un marché déterminé. Dans l'affirmative, y a-t-il des gains technologiques, d'efficacité ou autres favorables à la concurrence qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels, et la fusion peut être justifiée pour des motifs importants d'intérêt général ?	Une amende administrative représentant 10 % au plus du chiffre d'affaires en Afrique du Sud et des exportations de l'Afrique du Sud peut être infligée lorsque les parties procèdent à une fusion avant d'avoir obtenu l'approbation ou n'ont pas respecté les conditions fixées par l'Administration. Il est prévu que l'Administration peut ordonner le démantèlement forcé.	Des facteurs sociaux et politiques sont pris en compte pour évaluer un projet de fusion, en plus des questions courantes d'efficacité économique et de l'intérêt des consommateurs. Règles spéciales pour les investissements étrangers dans les secteurs des banques et de l'audiovisuel.

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
<p>Province chinoise de Taiwan</p>	<p>Tous les regroupements importants d'entités dans la province chinoise de Taiwan lorsque : i) l'entreprise absorbante achètera une part représentant un tiers du marché; ou ii) une entreprise participante détient une part représentant un quart du marché; ou iii) le chiffre d'affaires de l'entreprise participante dépasse 5 milliards de dollars NT.</p> <p>Notification avant la réalisation de l'opération.</p>	<p>La Commission de la concurrence doit rendre sa décision au sujet de l'autorisation dans un délai de deux mois après la réception d'une demande ou, si une modification de la demande ou un complément d'information est nécessaire, après réception d'une telle modification ou complément d'information.</p> <p>Suspension jusqu'à l'octroi de l'autorisation.</p>	<p>Question de savoir si les avantages d'un regroupement pour l'économie générale de Taiwan l'emportent sur les inconvénients résultant de l'atteinte portée à la concurrence.</p>	<p>Défaut de notification : La Commission de la concurrence peut i) interdire le regroupement; ii) ordonner la scission de l'entreprise résultant du regroupement; iii) ordonner la cession de l'ensemble ou d'une partie des actifs de l'entreprise; iv) ordonner le licenciement des membres du personnel responsables; v) rendre toute autre ordonnance nécessaire. Le défaut de notification est aussi passible d'une amende administrative variant entre 100 000 et 1 million de dollars NT, qui peut être infligée par la suite. L'inobservation d'une ordonnance de la Commission peut donner lieu à une décision contraignante de suspension, de cessation d'activité ou de dissolution de l'entreprise incriminée.</p>	<p>Règles spéciales pour les investissements étrangers dans les secteurs des télécommunications, des services financiers, etc.</p>

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
États-Unis					
<p>Système obligatoire.</p> <p>Chaque partie doit soumettre une notification.</p> <p>La taxe de notification (qui est versée par la personne faisant l'acquisition) est de 45 000 dollars.</p>	<p>Doit satisfaire aux critères régissant le commerce, la dimension des parties et l'importance de l'opération et ne pas remplir les conditions requises pour bénéficier d'une exemption.</p> <p>Aucun délai de notification.</p>	<p>Période d'attente initiale de 30 jours (15 jours pour les offres publiques d'achat au comptant). Cette période peut être prorogée ou réduite à la suite de la soumission d'une deuxième demande. La période de la phase 2 s'achève le vingtième jour après l'application par toutes les parties des conditions de la deuxième demande (dans le cas d'une offre publique d'achat au comptant, la phase 2 s'achève le dixième jour après l'application par la personne faisant l'acquisition des conditions de la deuxième demande). L'opération est suspendue jusqu'à l'expiration des périodes d'attente.</p>	<p>Question de savoir si l'opération peut sensiblement réduire la concurrence ou tendre à créer un monopole.</p>	<p>Défaut de notification : amende de 11 000 dollars au plus par jour, le démantèlement peut être ordonné.</p> <p>L'opération ne peut être réalisée avant l'autorisation. Les mêmes sanctions sont applicables si l'opération est réalisée avant l'approbation.</p>	<p>Des règles spéciales peuvent être appliquées dans certaines branches d'activité (télécommunications, banques).</p>

2. Pays dotés d'un système de notification obligatoire après la fusion

Argentine					
<p>Système obligatoire.</p>	<p>Les fusions et acquisitions de sociétés ayant un chiffre d'affaires en Argentine égal ou supérieur à 200 millions de dollars É.-U. ou un chiffre d'affaires mondial dépassant 2,5 milliards de dollars É.-U. sont soumises à approbation préalable.</p> <p>Notification : avant la signature de l'accord, la publication de l'offre ou la prise de contrôle ou dans un délai d'une semaine suivant ces actes.</p>	<p>45 jours.</p>	<p>Question de savoir si la fusion ou l'acquisition créera ou renforcera une position dominante sur le marché susceptible d'être préjudiciable à l'intérêt de l'économie générale.</p>	<p>Le défaut de notification est passible d'une amende de 1 million de dollars É.-U. par jour de retard. Les sanctions pour la conclusion d'une fusion ou d'une acquisition en violation de la loi sont passibles d'amendes variant entre 10 000 dollars É.-U. et 150 millions de dollars É.U. Les tribunaux peuvent aussi ordonner la dissolution, la liquidation, la suppression de la concentration ou la cession d'actions des entreprises en cause.</p>	<p>Il n'y a pas d'expérience pratique de l'application de la loi qui vient d'être promulguée. Le règlement d'application qui doit être publié devrait clarifier certaines dispositions de la loi.</p>

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Japon	<p>Des modifications de la loi, qui ont pris effet le 1^{er} janvier 1999, ont assoupli les conditions requises pour les dépôts de notifications concernant les fusions et les cessions d'entreprises en établissant des seuils monétaires. Aux termes de ces modifications, seules les fusions et les cessions d'entreprises entre une société dont l'ensemble des actifs est supérieur à 10 milliards de yen et une société dont l'ensemble des actifs est supérieur à 1 milliard de yen sont soumises à l'obligation de notification.</p>	<p>Aucune société ne peut procéder à une fusion ou une cession d'entreprises avant l'expiration d'une période d'attente de 30 jours, à compter de la date à laquelle la Commission de la concurrence accepte officiellement la notification de fusion ou de cession d'entreprises, en l'absence de toute objection de sa part.</p>	<p>L'autorisation ne sera donnée que si l'effet de la fusion ou de la cession d'entreprises ne restreint pas sensiblement la concurrence dans le marché considéré.</p>	<p>Défaut de notification : amende de 2 millions de yen au plus.</p> <p>Réalisation avant autorisation : amende de 2 millions de yen au plus.</p>	<p>Un seuil de chiffres d'affaires est appliqué pour l'acquisition d'une nouvelle entreprise japonaise.</p>
Espagne	<p>Chiffre d'affaires global en Espagne supérieur à 40 milliards de pesetas et deux parties au moins doivent détenir plus de 10 milliards de pesetas chacune ou ensemble une part de marché en Espagne (ou dans un marché « défini » en Espagne) de 25 % ou plus.</p> <p>Notification avant l'exécution de l'opération et en tous cas dans un délai d'un mois après la signature de l'accord.</p>	<p>Phase 1 : un mois à compter de la notification.</p> <p>Phase 2 : sept mois à compter de la notification.</p> <p>Suspension : aucune obligation suspensive.</p>	<p>Question de savoir si la fusion influera sur le marché espagnol, en particulier en créant ou renforçant une position dominante entravant le maintien d'une concurrence effective.</p>	<p>Défaut de notification : amende de 5 millions de pesetas au plus.</p> <p>Défaut de notification après avoir été invité à déposer une notification par l'Administration : amende de 2 millions de pesetas par jour de retard.</p> <p>Réalisation avant autorisation : aucune sanction.</p>	<p>Dispositions spéciales dans les secteurs de l'électricité, des banques, des télécommunications et des assurances.</p>

3. Pays dotés d'un système de notification volontaire

France	<p>Chiffre d'affaires global en France supérieur à 7 milliards de FF et au moins deux parties doivent avoir un chiffre d'affaires de 2 milliards de FF chacune en France, ou détenir ensemble une part du marché en France supérieure à 25 %.</p> <p>Notification : avant/dans un délai de trois mois avant l'opération.</p>	<p>Phase 1 : deux mois à compter de la notification.</p> <p>Phase 2 : six mois à compter de la notification.</p> <p>Effets suspensifs : pas d'effet suspensif.</p>	<p>Question de savoir si la fusion créera ou renforcera une position dominante ayant pour effet de fausser sensiblement la concurrence effective en France.</p>	<p>Défaut de notification : aucune sanction.</p> <p>Réalisation avant autorisation : aucune sanction.</p>	<p>Règles spéciales pour les secteurs de la presse et de l'audiovisuel, les banques et les compagnies d'assurance. Les investissements étrangers ne sont généralement soumis à aucune restriction.</p>
---------------	--	--	---	---	--

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Nouvelle-Zélande	<p>S'applique à toutes les fusions.</p> <p>Sont susceptibles ou risquent d'aboutir à l'acquisition ou au renforcement d'une position de force (directives).</p> <p>Aucun délai officiel. L'autorisation, si elle est nécessaire, doit être demandée et obtenue avant la réalisation de l'opération.</p>	<p>Aucun délai officiel n'est prévu.</p> <p>Durée de la procédure d'examen : 10 jours ouvrables.</p> <p>Durée de la procédure d'autorisation : 60 jours ouvrables.</p> <p>Ces délais peuvent être prorogés d'un commun accord avec les requérants.</p> <p>Effets suspensifs : l'opération ne peut être réalisée si elle n'est pas approuvée.</p>	<p>La fusion ou l'acquisition doit avoir pour effet ou être susceptible d'avoir pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante sur le marché. La loi permet toutefois de tels effets, si l'atteinte portée à la concurrence est plus que compensée par l'intérêt du public.</p>	<p>Aucune sanction n'est prévue pour défaut de notification et/ou réalisation de l'opération avant autorisation.</p> <p>La violation de la loi peut donner lieu à des ordonnances et à des sanctions, y compris à des injonctions, à des amendes de 5 millions de dollars néo-zélandais au plus (2,25 millions de dollars É.-U.), à des ordonnances de démembrement et de cession, et à des dommages et intérêts.</p>	<p>Les investissements étrangers en Nouvelle-Zélande sont soumis aux prescriptions en matière d'approbation des investissements étrangers (en particulier si les acquisitions portent sur des biens fonciers).</p> <p>Les fusions et acquisitions doivent parfois aussi être conformes à la loi sur les sociétés, à la loi sur les investissements étrangers et à la réglementation boursière.</p>
Norvège	<p>Il n'y a pas de seuils juridictionnels (mais seulement des directives non contraignantes).</p> <p>Aucun délai n'est fixé pour la notification.</p>	<p>L'Administration de la concurrence peut intervenir dans une opération de fusion dans un délai de six mois à compter de la date de l'accord final (ce délai peut être porté à un an). Une notification volontaire commence par une procédure d'opposition dans le cadre de laquelle l'Administration de la concurrence dispose d'un délai de trois mois pour décider si elle procédera ou non à une enquête plus approfondie sur la fusion. Si l'Administration ne réagit pas dans ce délai de trois mois, l'opération est considérée comme ayant été autorisée. Si l'Administration décide de procéder à une enquête, elle dispose d'un délai de six mois pour se prononcer. La réalisation de l'opération n'est pas suspendue durant l'enquête menée par l'Administration de la concurrence.</p>	<p>Le critère de fond pour se prononcer sur l'autorisation est de savoir si l'opération créera ou renforcera une restriction substantielle de la concurrence. Le critère de fond pour se prononcer sur l'autorisation comporte trois phases :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) La part globale du marché des parties dépasse ou non 40 %, ou les parts des trois intervenants les plus importants sur le marché, y compris les parties, dépassent ou non 60 %; 2) À la suite de la transaction, les parties seront-elles ou non en mesure d'exercer une position de force sur le marché; 	<p>Aucune amende ou autres sanctions ne sont prévues pour le défaut de notification d'une opération, ou pour l'exécution d'une opération avant une autorisation de l'Administration de la concurrence. L'inobservation des décisions de l'Administration de la concurrence constitue une infraction pénale passible d'amendes ou d'une peine d'emprisonnement de trois ans au</p>	<p>Règles spéciales dans les secteurs des banques, des assurances, des transports maritimes, des industries extractives, de l'énergie, des médias, des télécommunications et de l'agriculture.</p> <p>Des dispositions concernant la notification obligatoire sont prévues par la loi de 1994 sur les acquisitions.</p>

Pays	Seuil de notification/date limite de dépôt de la notification	Délais concernant l'autorisation (phase 1/phase 2)	Critère de fond régissant l'autorisation	Sanctions	Observations
Royaume-Uni	<p>Actifs bruts mondiaux supérieurs à 70 millions de livres ou part du marché global prévus au Royaume-Uni de 25 %.</p> <p>Notification, aucun délai officiel.</p>	<p>Aucun calendrier officiel.</p> <p>Phase 1 : généralement quatre à sept semaines.</p> <p>Phase 2 : généralement trois à six mois supplémentaires.</p> <p>Effets suspensifs : pas d'effet suspensif.</p>	<p>3) L'opération créera ou non des gains d'efficacité qui l'emporteront sur les effets négatifs de la restriction de la concurrence.</p> <p>Question de savoir si la fusion risque d'aller à l'encontre de l'intérêt général.</p>	<p>plus (de six ans en cas de circonstances aggravantes). L'Administration de la concurrence peut aussi infliger des astreintes, et prescrire aux parties de renoncer à tous les gains obtenus à la suite de l'inobservation des décisions qu'elle a prises.</p> <p>Défaut de notification : aucune sanction.</p> <p>Réalisation avant autorisation : aucune sanction.</p>	<p>Dispositions spéciales concernant les médias, les compagnies d'eau et les banques.</p>
Venezuela	<p>Montant global du chiffre d'affaires supérieur à l'équivalent de 1,8 million de dollars des É.-U.</p> <p>Il n'y a pas de date limite pour la notification.</p>	<p>Quatre mois. Ce délai peut être prorogé de deux mois supplémentaires.</p> <p>Effets suspensifs : aucun.</p>	<p>Facteurs devant être pris en considération : 1) niveau de concentration sur le marché considéré avant et après l'opération; 2) obstacles à l'accès de nouveaux concurrents sur le marché; 3) disponibilité de produits de substitution; 4) possibilité de collusion entre les autres fournisseurs restant sur le marché; et</p>	<p>Aucune sanction n'est prévue pour défaut de notification ou pour l'exécution de l'opération avant l'autorisation.</p>	<p>Des règles spéciales sont appliquées pour le calcul des seuils concernant les banques et les compagnies d'assurance. Des règles spéciales sont appliquées dans le secteur de l'assurance et des télécommunications.</p> <p>Si une opération n'est pas notifiée, Procompentencia peut engager une procédure en vue d'enquêter sur les effets de l'opération sur la concurrence dans le marché vénézuélien dans un délai d'un an suivant la réalisation effective de l'opération.</p>