Nations Unies TD/RBP/CONF.9/L.1

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. limitée
18 septembre 2020
Français
Original : anglais

Huitième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives
Genève, 19-23 octobre 2020
Point 16 de l'ordre du jour provisoire
Questions diverses

Loi type sur la concurrence (2020) − Chapitre III révisé*

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

GE.20-12115 (F) 071020 151020
2012115

Merci de recycler

I. Plan du chapitre III de la Loi type sur la concurrence

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 d'autres conditions de vente, y compris dans le commerce international ;

b) Soumissions concertées ;

c) Répartition des marchés ou de la clientèle ;

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

e) Refus concertés d'achat ;

f) Refus concertés d'approvisionnement ;

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

II. Autorisation ou exemption

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 d'exemptions lorsque les responsables de l'application des lois sur la concurrence établissent que l'accord, dans son ensemble, servira l'intérêt public.

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

A. Introduction

1. Le chapitre III de la Loi type de la CNUCED sur la concurrence préconise l'interdiction des accords ou arrangements restrictifs. Les articles ont été rédigés sur la base du paragraphe 3 de la section D de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, qui se lit comme suit :

> « Les entreprises, sauf quand elles traitent l'une avec l'autre dans le cadre d'une entité économique où elles sont sous contrôle commun, y compris par voie de propriété, ou, pour d'autres raisons, ne peuvent agir indépendamment l'une de l'autre, devraient, quand elles se livrent sur le marché à des activités qui sont concurrentes ou peuvent le devenir, s'abstenir de pratiques comme celles mentionnées ci-après, si, par des accords ou arrangements officiels, non officiels, écrits ou non écrits, elles limitent l'accès aux marchés ou, de toute autre manière, restreignent indûment la concurrence, portant ou risquant de porter préjudice au commerce international, en particulier au commerce des pays en développement et au développement économique de ces pays :
>
> a) Accords fixant les prix, y compris les prix à l'exportation et à l'importation ;
>
> b) Soumissions collusoires ;
>
> c) Arrangements de répartition des marchés ou de la clientèle ;
>
> d) Répartition, au moyen de contingents, des ventes et de la production ;

e) Action collective pour donner effet à un arrangement, par exemple refus concerté de vente ;

f) Refus concerté d'approvisionner des importateurs éventuels ;

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

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

B. Accords ou arrangements

3. L'interdiction des accords restrictifs est motivée par les effets anticoncurrentiels de la collusion ou de la coopération, verticale ou horizontale, de plusieurs entreprises indépendantes, et non par les pratiques d'entreprises isolées. L'interaction entre les entreprises est rendue par la notion d'accord ou d'arrangement. En droit de la concurrence, le terme d'accord n'a pas forcément le même sens qu'en droit civil et est habituellement interprété dans un sens large afin d'englober tous les types de comportement pertinents.

4. Un accord peut revêtir diverses formes. Il peut être écrit ou oral, officiel ou non officiel, explicite ou tacite[1]. Il peut même être conclu par un simple hochement de tête[2]. C'est pourquoi un certain nombre de lois sur la concurrence sont rédigées de manière à couvrir toutes les formes d'accords. En outre, les lois sur la concurrence s'appliquent à tous les accords, qu'ils soient ou non destinés à être juridiquement contraignants. Souvent, les pratiques concertées ou des formes de concertation plus informelles peuvent être visées par l'interdiction des accords anticoncurrentiels.

5. Dans de nombreuses lois sur la concurrence, la définition du terme « accord » s'étend aux décisions des groupements professionnels, car ceux-ci peuvent jouer un rôle essentiel dans la conclusion et le maintien d'accords. Toutefois, certains pays comme la République de Corée et le Malawi ont adopté des dispositions distinctes pour réprimer les comportements illicites de groupements professionnels.

6. Il convient de noter qu'un accord entre entreprises sous propriété commune ou contrôle commun n'est généralement pas interdit. Les entreprises sous propriété commune ou contrôle commun sont considérées comme constituant une seule entité économique qui agit comme un acteur unique sur le marché[3]. Cette idée ressort aussi du paragraphe 3 de la section D de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, qui dispose que les accords anticoncurrentiels entre entreprises sont interdits « 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 ».

7. Contrairement aux accords anticoncurrentiels et aux pratiques concertées, la notion de collusion tacite n'existe que dans quelques juridictions. Elle implique généralement plusieurs entreprises, mais concerne des comportements oligopolistiques, c'est-à-dire des comportements parallèles à l'intérieur d'un oligopole[4], sans aucune forme d'accord ou de

[1] Cour suprême des États-Unis, *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, affaire nº 306 U.S. 208, 1939 ; Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, *United States v. Apple, Inc.*, affaire nº 791 F.3d 290, 2015.

[2] Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Esco v. United States*, affaire nº 340 F.2d 1000, 1965.

[3] Cour suprême des États-Unis, *Texaco v. Dagher*, affaire nº 547 U.S. 1, 2006 ; Cour européenne de justice, troisième chambre, *Akzo Nobel et autres c. Commission des Communautés européennes*, affaire nº C-97/08, 2009, par. 58.

[4] R. Whish et D. Bailey (2018). *Competition law*, 9e édition (Oxford University Press).

convention[5]. La question de savoir si la collusion tacite devrait être illégale, en ce qu'elle aboutit au même résultat économique qu'un accord de collusion, est vivement débattue[6]. Cependant, un consensus général n'ayant pas encore été atteint, la collusion tacite reste considérée comme légitime dans presque toutes les juridictions (voir le tableau 1).

Tableau 1
Formules différentes relevées dans les législations existantes − Notion d'accord

Juridiction	
Afrique du Sud	Le paragraphe 1 de l'article 4 de la loi sur la concurrence se rapporte à un accord ou à une pratique concertée entre des entreprises ou à une décision adoptée par une association d'entreprises. Les alinéas ii) et vi) du paragraphe 1 de l'article 1 disposent respectivement que le terme « accord », utilisé en relation avec une pratique proscrite, désigne un contrat, un arrangement ou une convention ayant ou non force exécutoire et que l'expression « pratique concertée » désigne une relation de coopération ou de coordination entre des entreprises, sous la forme de contacts directs ou indirects, qui se substitue à une action autonome, mais qui ne constitue pas un accord.
Chine	L'article 13 de la loi antimonopole dispose que les accords de monopole recouvrent les accords, décisions et autres pratiques concertées visant à éliminer ou à restreindre la concurrence.
Inde	La loi sur la concurrence dispose que le terme « accord » s'entend de tout arrangement, toute convention ou toute action concertée, a) que l'arrangement, la convention ou l'action concertée revêtent ou non une forme officielle ou écrite ; ou b) que l'arrangement, la convention ou l'action concertée soient destinés ou non à être exécutoires.
Jamaïque	La loi sur la concurrence loyale dispose que le terme « accord » désigne tout accord, tout arrangement ou toute convention, sous forme orale ou écrite, destinés ou non à avoir force exécutoire.
Union européenne	Le paragraphe 1 de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se rapporte à « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées ».

Distinction entre accords horizontaux et accords verticaux

8. D'une manière générale, les accords entre entreprises sont soit horizontaux, soit verticaux. Ils peuvent aussi concilier des aspects horizontaux et des aspects verticaux. Les accords horizontaux sont conclus entre des entreprises concurrentes, c'est-à-dire entre des entreprises qui interviennent au même niveau fonctionnel de la chaîne de production et/ou de distribution et qui se font concurrence auprès de la même clientèle. Un accord entre des entreprises potentiellement concurrentes peut aussi constituer un accord horizontal. Par « entreprises potentiellement concurrentes », on entend des entreprises qui sont capables et susceptibles d'entrer sur le marché considéré et qui peuvent rivaliser avec les concurrents existants.

[5] Cour suprême des États-Unis, *Theatre Enterprise v. Paramount Film Distributing*, affaire nº 346 U.S. 537, 1954.

[6] H. Hovenkamp (2016). *Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and Its Practice*, 5e édition (West Academic Publishing, Saint Paul, États-Unis).

9. Les accords verticaux sont conclus entre des entreprises qui interviennent à des niveaux fonctionnels différents de la chaîne de production et/ou de distribution. Ce sont des accords entre des fournisseurs et leurs clients, par exemple entre des fabricants de composants et des fabricants de produits incorporant ces composants, entre des producteurs et des grossistes, ou entre des grossistes et des détaillants.

10. Alors que les accords horizontaux, en particulier ceux qui ont pour effet d'augmenter les prix et de restreindre la production ou les ventes, portent atteinte à la concurrence dans la plupart des cas, les accords verticaux constituent généralement une moindre menace pour la concurrence et peuvent souvent être bénéfiques du point de vue de l'efficacité. En conséquence, de nombreuses juridictions évaluent les accords horizontaux et les accords verticaux selon des normes juridiques différentes, généralement plus strictes pour les premiers que pour les seconds.

C. Formulation de l'interdiction des accords anticoncurrentiels

11. Si la plupart des lois sur la concurrence interdisent les accords anticoncurrentiels, qu'ils soient horizontaux ou verticaux, les juridictions adoptent souvent des méthodes différentes pour formuler cette interdiction. Dans de nombreux régimes de droit de la concurrence, il existe une disposition générale relative aux accords anticoncurrentiels, qui porte à la fois sur les accords horizontaux et sur les accords verticaux. Par exemple, aux États-Unis, la loi antitrust de 1890, dite loi Sherman (Sherman Antitrust Act), prévoit une interdiction générale des accords anticoncurrentiels, de sorte que les accords horizontaux et les accords verticaux peuvent être contestés en application de la même disposition. Par contre, certaines lois sur la concurrence – par exemple, en Afrique du Sud, au Costa Rica et en Indonésie – contiennent des dispositions distinctes pour les accords verticaux et les accords horizontaux. Les lois peuvent contenir des dispositions générales qui s'appliquent uniquement aux accords horizontaux, tandis que les accords verticaux sont couverts par un certain nombre de dispositions particulières traitant notamment des prix imposés, des relations d'exclusivité, des ventes liées et des ventes subordonnées. Il convient de noter que l'interdiction d'abus de position dominante peut aussi s'appliquer aux accords verticaux lorsqu'une partie à un accord vertical détient une position dominante et en abuse par l'imposition de clauses et conditions anticoncurrentielles.

12. Un problème connexe est de savoir s'il convient de spécifier les types de comportement interdit dans la loi ou de formuler une interdiction générale recouvrant diverses formes d'accords anticoncurrentiels. Certaines lois sur la concurrence ne prévoient qu'une interdiction générale des accords anticoncurrentiels, laissant aux responsables de l'application de la loi le soin de déterminer quelle pratique particulière est interdite par la loi. Si cette approche ménage une certaine souplesse dans l'application de la loi, elle peut manquer de clarté pour le public et pour les autorités de la concurrence qui de disposent pas de fortes capacités en droit de la concurrence, en particulier dans les pays dont le droit de la concurrence remonte à peu de temps et où le public est encore relativement peu conscient de l'illégalité des accords anticoncurrentiels. Une autre approche consiste à faire figurer une liste d'exemples de pratiques interdites dans la disposition pertinente de la loi sur la concurrence. De nombreuses juridictions, dont le Chili, la Chine et l'Union européenne, choisissent de joindre au texte portant interdiction générale des accords anticoncurrentiels une liste non exhaustive de catégories d'accords considérées comme des infractions. Cette approche permet une grande souplesse, tout en donnant des orientations sur les priorités en matière d'application de la loi (voir le tableau 2).

Tableau 2
Formules différentes relevées dans les législations existantes − Formulation de l'interdiction des accords anticoncurrentiels

Juridiction	
Afrique du Sud	Le paragraphe 1 b) de l'article 4 de la loi sur la concurrence dispose que tout accord ou toute pratique concertée entre des entreprises, ou toute décision adoptée par une association d'entreprises, sont interdits si les parties entretiennent une relation horizontale et se livrent à l'une des pratiques horizontales restrictives suivantes : a) Fixation directe ou indirecte du prix d'achat ou de vente ou de toute autre condition commerciale ; b) Division de marchés par répartition des clients, des fournisseurs, des territoires ou de types particuliers de biens ou de services ; c) Soumissions concertées. Le paragraphe 1 de l'article 5 de la loi sur la concurrence dispose qu'un accord entre des parties à une relation horizontale est proscrit s'il a pour effet d'empêcher ou de limiter substantiellement la concurrence sur un marché.
Australie	À son article 45, la loi sur la concurrence et la consommation contient une disposition générale, qui s'applique à la fois aux accords horizontaux et aux accords verticaux. Elle contient également des dispositions qui régissent spécifiquement les accords horizontaux ou les accords verticaux. Elle interdit notamment d'établir ou de donner effet à des clauses d'entente, c'est-à-dire à des clauses d'un contrat, d'un arrangement ou d'une convention entre des entreprises qui entretiennent une relation horizontale ayant l'une quelconque des finalités ou l'un quelconque des effets visés à l'article 45 D. D'autres dispositions s'appliquent aux accords verticaux − par exemple, l'article 47 sur les accords d'exclusivité et l'article 48 sur la pratique des prix imposés.
Canada	La loi sur la concurrence contient deux articles interdisant les accords horizontaux anticoncurrentiels. L'article 45 interdit expressément les accords conclus entre des concurrents en vue de fixer les prix, de répartir les marchés ou de restreindre la production ou les ventes. L'article 90.1 interdit les autres formes d'accords horizontaux qui risquent d'empêcher ou de réduire substantiellement la concurrence. En outre, plusieurs dispositions interdisent des formes particulières d'accords verticaux telles que la pratique des prix imposés (art. 76), les relations d'exclusivité, les ventes liées et les marchés réservés (art. 77).
Chili	Selon l'article 3 de la loi nº 211 sur la concurrence, quiconque qui, à titre individuel ou collectif, conclut ou applique un acte ou un accord qui empêche, restreint ou entrave la concurrence, ou tend à produire de tels effets, sera puni des mesures visées à l'article 26 de ladite loi, sans préjudice des mesures préventives, correctives ou restrictives auxquelles ces actes et accords peuvent donner lieu selon le cas. Sont notamment considérés comme des actes ou des accords qui empêchent, restreignent ou entravent la concurrence, ou qui tendent à produire de tels effets : les accords ou pratiques concertées entre des entreprises concurrentes qui

Juridiction	
	consistent à fixer les prix de vente ou d'achat, à limiter la production, à répartir des zones ou des contingents de marché, ou à influer sur l'attribution de marchés ; et les accords et pratiques concertées qui, en conférant une position de force sur un marché à des entreprises concurrentes, établissent les conditions de commercialisation et excluent des concurrents réels ou potentiels.
Chine	L'article 13 de la loi antimonopole dispose qu'il est interdit à des entreprises concurrentes de conclure les accords de monopole suivants : a) Accords visant à établir ou à modifier les prix de produits ; b) Accords visant à limiter la production ou la commercialisation de produits ; c) Accords visant à répartir les marchés d'approvisionnement et les marchés de commercialisation des matières premières et des demi-produits ; d) Accords visant à limiter l'acquisition de nouvelles technologies ou de nouveaux équipements ou le développement de nouvelles technologies ou de nouveaux produits ; e) Accords de boycottage collectif de transactions ; f) Autres accords considérés comme des accords de monopole par l'autorité du Conseil d'État chargée de l'application de la loi antimonopole. Une disposition analogue de l'article 14 traite des accords verticaux
États-Unis	La loi antitrust (loi Sherman) dispose que tout contrat, tout regroupement sous forme de trust ou autre, ou toute entente qui restreignent les échanges ou le commerce entre les États ou avec des pays étrangers sont illégaux.
République de Corée	En vertu du paragraphe 1 de l'article 19 de la loi sur la réglementation des monopoles et les pratiques commerciales loyales, aucune entreprise ne peut convenir avec d'autres entreprises, par contrat, accord, résolution ou tout autre moyen, de se livrer ou de laisser des tiers se livrer à un acte qui restreint injustement la concurrence (« acte concerté abusif ») mentionné à l'un des alinéas suivants : 1) Fixer, maintenir ou modifier les prix ; 2) Déterminer les conditions applicables aux transactions de biens ou de services, ou à leur paiement ; 3) Limiter la production, la livraison, le transport ou les transactions de biens ou de services ; 4) Restreindre le champ de commercialisation ou la clientèle ; 5) Empêcher ou entraver l'établissement ou l'extension d'installations ou l'acquisition d'équipements nécessaires à la production de biens ou à la fourniture de services ; 6) Limiter les types de biens ou de services destinés à être produits ou commercialisés et les spécifications qui leur sont

Juridiction	
	applicables ; 7) Gérer et exercer conjointement des activités substantielles ou constituer une entreprise pour gérer et exercer conjointement des activités substantielles ; 8) Toute pratique qui réduit substantiellement la concurrence dans un secteur, en freinant ou en restreignant les activités d'une entreprise par des moyens autres que ceux énumérés aux sous-paragraphes 1 à 7.
Union européenne	Le paragraphe 1 de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose ce qui suit : « 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à : 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. ».

D. Accords horizontaux anticoncurrentiels

13. Parmi les accords horizontaux, il peut être utile de distinguer les ententes injustifiables des autres types d'accords anticoncurrentiels afin d'arrêter les priorités en matière d'application de la loi et les critères d'analyse. Les accords énumérés au chapitre III de la Loi type sur la concurrence constituent des ententes injustifiables, dont les effets négatifs sur la concurrence ont été démontrés. Il est largement admis que les ententes injustifiables sont toujours anticoncurrentielles et peuvent être raisonnablement présumées illicites sans autre examen[7]. C'est pourquoi un grand nombre de législations sur la

[7] La Cour suprême des États-Unis a estimé qu'il existait des accords qui, par leur nature et les effets qu'ils ne peuvent manquer de produire, sont si manifestement anticoncurrentiels que leur illégalité n'a pas besoin d'être établie par une étude approfondie du marché : ils sont réputés illégaux a priori (Cour suprême des États-Unis, *National Society of Professional Engineers v. United States,* affaire n° 435 U.S. 679, 1978). Elle a aussi estimé qu'en vertu de la loi antitrust (loi Sherman), une association ayant pour objet et pour effet d'augmenter, de diminuer, de fixer, d'arrimer ou de stabiliser le prix d'un produit dans le cadre du commerce entre États ou du commerce avec des pays étrangers est illégale en soi (Cour suprême des États-Unis, *United States v. Socony-Vaccum Oil,* affaire n° 310 U.S. 150, 1940).

concurrence les interdisent purement et simplement, en tant que violation a priori, ou en tant qu'elles sont anticoncurrentielles par leur objet.

14. Contrairement aux ententes injustifiables, d'autres types d'accords horizontaux peuvent présenter des avantages ou avoir des effets bénéfiques sur la concurrence. Par exemple, les groupements de commercialisation, qui permettent d'approvisionner la clientèle plus rapidement, peuvent être à l'origine de gains d'efficacité. Mais les accords de ce type peuvent aussi entraver la concurrence en réduisant la capacité ou l'envie des entreprises participantes de soutenir la concurrence de manière indépendante ou en entraînant ou facilitant la conclusion d'accords anticoncurrentiels entre elles. L'effet global sur la concurrence varie selon les cas, en fonction de la nature de l'accord et de la situation du marché. Ces accords potentiellement anticoncurrentiels doivent donc être examinés avec plus d'attention ; ils sont généralement soumis à la règle de raison, suivant laquelle les autorités de la concurrence doivent faire la preuve des effets nocifs de l'entente supposée[8]. Compte tenu de la tendance récente à l'incrimination des ententes injustifiables, il devient encore plus important de distinguer lesdites ententes et des autres accords horizontaux. Dans certaines juridictions, les ententes injustifiables sont considérées comme une infraction pénale pouvant emporter une peine d'emprisonnement, alors que les autres types d'accords horizontaux font uniquement l'objet de sanctions civiles ou administratives.

E. Ententes injustifiables

15. Les ententes injustifiables sont des accords anticoncurrentiels conclus entre des entreprises rivales et n'ayant d'autre objet ou effet que d'augmenter les prix ou de réduire la production ou les ventes. Quatre types d'accords répondent généralement à la définition d'une entente injustifiable. Ce sont les accords concernant la fixation des prix, les soumissions concertées, la répartition des marchés et les restrictions de la production ou des ventes. Les boycottages collectifs, qui sont le fait d'un groupe d'entreprises, pourraient aussi figurer sur une liste élargie des ententes injustifiables. Le chapitre III de la Loi type sur la concurrence fait figurer parmi les ententes injustifiables les refus concertés d'achat ou d'approvisionnement (boycottages collectifs) et le refus collectif d'admission à la qualité de partie à un arrangement, ou de membre d'une association, d'une importance décisive pour la concurrence. Les accords énumérés au chapitre III de la Loi type sont généralement considérés comme des ententes injustifiables.

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

16. En vertu du paragraphe 3 de la section D de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, les entreprises devraient s'abstenir de conclure des « accords fixant les prix, y compris les prix à l'exportation et à l'importation ». La fixation collusoire des prix est l'une des formes les plus courantes d'entente injustifiable et est considérée comme une violation a priori dans de nombreux pays. La fixation des prix s'entend de tout accord entre des concurrents visant à augmenter, à fixer ou à maintenir le prix d'un produit ou d'un service. Elle englobe les accords visant à établir un prix minimum, à supprimer les rabais ou à adopter une formule type pour le calcul des prix. Il peut s'agir d'ententes entre des acheteurs sur les prix maximaux qu'ils sont prêts à payer pour des biens primaires et intermédiaires. Les accords de fixation des prix portent non seulement sur les prix, mais aussi sur les autres conditions de vente qui influent sur les prix à la consommation, comme le coût du transport, les garanties, les programmes de rabais ou les taux de financement.

[8] Le véritable critère de légalité consiste à déterminer si la restriction se contente de réguler et, ce faisant, favorise peut-être la concurrence, ou si elle est susceptible d'entraver, voire d'éliminer, la concurrence. Pour répondre à cette question, la Cour doit généralement examiner la situation particulière de l'entreprise, son état avant et après l'imposition de la restriction, la nature de la restriction et ses effets réels ou probables (Cour suprême des États-Unis, *Chicago Board of Trade v. United States*, affaire n° 246 U.S. 231, 1918).

2. Soumissions concertées

17. Les soumissions concertées permettent à des entreprises concurrentes qui sont parties à une collusion d'augmenter les prix dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres. Les entreprises concurrentes s'entendent à l'avance sur l'identité de l'adjudicataire et sur le prix proposé, ce qui va à l'encontre de l'objet de l'appel d'offres, qui est de procurer des biens ou des services aux prix et aux conditions les plus favorables. Les soumissions concertées peuvent prendre de nombreuses formes. Les entreprises concurrentes peuvent s'entendre pour remporter les appels d'offres à tour de rôle, suivant la pratique dite de rotation des offres. Elles peuvent convenir d'adresser des soumissions inacceptables pour couvrir le trucage des offres. Elles peuvent aussi simplement décider de s'abstenir de répondre à un appel d'offres ou de retirer une soumission. Outre la soumission ou la non-soumission d'offres, le truquage des offres doit également prévoir une forme quelconque de compensation pour les soi-disant perdants. Il peut s'agir de sous-traiter des parties du marché principal aux soumissionnaires rejetés ou d'effectuer des versements aux autres membres de l'entente. Les soumissions concertées sont illégales dans la plupart des pays. Même les pays qui sont dépourvus de droit de la concurrence possèdent souvent une législation spéciale sur les appels d'offres. La plupart des pays traitent les soumissions concertées plus sévèrement que les autres accords horizontaux en raison de leurs aspects frauduleux et de leurs effets négatifs sur les achats de l'État et les dépenses publiques (voir le tableau 3)[9].

Tableau 3
Formules différentes relevées dans les législations existantes − Soumissions concertées

Pays	
Afrique du Sud	Le paragraphe 1 b) iii) de l'article 4 de la loi sur la concurrence interdit le truquage des offres.
Allemagne	La loi sur les restrictions à la concurrence ne contient aucune disposition particulière sur les soumissions concertées. Cependant, le trucage des offres est expressément interdit par l'article 298 du Code pénal.
Botswana	En vertu des articles 25 et 26 de la loi sur la concurrence, la conclusion d'un accord impliquant un trucage des offres constitue une infraction pénale, à moins que la personne procédant à l'appel d'offres ne soit informée de l'entente avant la soumission des offres. Cette infraction est punissable d'une amende de 100 000 pula maximum et/ou d'une peine de prison de cinq ans maximum.
Brésil	Le truquage des offres est interdit par l'article 36 de la loi antitrust et contraire à la loi anticorruption. Il est punissable d'une amende, dont le montant correspond à un pourcentage des ventes brutes de l'entreprise reconnue coupable au cours du dernier exercice. Le truquage des offres constitue également une infraction pénale au regard de la loi sur les marchés publics, qui le punit d'une peine de prison de cinq ans maximum.
Canada	L'article 47 de la loi sur la concurrence dispose que le truquage des offres est un acte criminel, sauf si l'arrangement est porté à la connaissance de la personne procédant à l'appel d'offres. Cette infraction est punissable d'une amende et/ou d'une peine de prison de quatorze ans maximum.

[9] Tribunal de défense de la libre concurrence du Chili, *Fiscalía Nacional Económica c. Fresenius y Otros*, arrêt n° 165-2018, 2018.

Pays	
Chine	Les soumissions concertées ne font pas l'objet de dispositions particulières dans la loi antimonopole. En revanche, le truquage des offres est expressément proscrit par l'article 223 du Code pénal.
Kenya	Le paragraphe 9 de l'article 21 de la loi sur la concurrence dispose qu'une soumission concertée constitue une infraction pénale punissable d'une peine de prison de cinq ans maximum et/ou d'une amende de 10 millions de shillings kényans.

3. Répartition des marchés ou de la clientèle

18. Les accords de répartition des marchés ou de la clientèle sont essentiellement des accords de non-concurrence. Les entreprises parties à de tels accords se partagent des marchés et s'engagent à vendre uniquement sur leurs fractions de marchés respectives, autrement dit s'abstiennent de se faire concurrence. Elles peuvent se répartir leurs territoires de vente selon des critères géographiques ou allouer certains clients ou types de clientèle à tels ou tels membres de l'entente[10]. Du point de vue des parties, ces accords peuvent se révéler plus avantageux que la pratique de la fixation des prix, en ce qu'ils permettent d'éviter les dépenses et les difficultés qui accompagnent la fixation de prix communs. Il est relativement facile de contrôler que les accords sont respectés, puisqu'il suffit qu'une entreprise partie à l'entente commercialise ses produits sur la fraction de marché attribuée à une autre partie pour que la fraude soit établie[11]. Les accords de répartition de la clientèle se rencontrent aussi bien dans le commerce intérieur que dans le commerce international ; dans ce dernier cas, ils supposent souvent des divisions du marché international selon des critères géographiques, qui correspondent à des relations préétablies entre fournisseurs et acheteurs. Les entreprises qui y participent conviennent souvent de ne pas se concurrencer sur leur marché national[12]. Les accords de répartition des marchés ou de la clientèle sapent la concurrence en limitant la capacité des producteurs les plus efficients du groupe de commercialiser leurs produits au-delà de leurs frontières géographiques ou de conquérir une nouvelle clientèle. À cause de ce type de restriction, il pourra donc être plus difficile pour des entreprises de réduire leurs coûts unitaires de production par le jeu d'économies d'échelle.

4. Restrictions de la production ou des ventes, notamment au moyen de contingents

19. Les restrictions de la production ou des ventes visent à influer sur les prix en limitant artificiellement l'offre. Elles peuvent faire intervenir des accords sur les volumes de production, les volumes de vente ou le pourcentage de croissance du marché. Elles sont fréquentes dans les secteurs où les capacités sont excédentaires et où les parties à une collusion veulent faire monter les prix[13]. Concrètement, les entreprises concernées créent souvent une caisse commune à laquelle celles qui dépassent leur contingent sont tenues de cotiser pour indemniser celles qui ne vendent pas la totalité de leur contingent[14]. Les accords de restriction de la production ou des ventes ont des effets comparables à ceux de la fixation des prix. Si la production est restreinte, les prix augmentent. Il en découle que des entreprises plus efficientes ou plus innovantes ne peuvent pas se développer ni tirer

[10] Cour suprême des États-Unis, *United States v. Topco Associates*, affaire n° 405 U.S. 596, 1972 ; Cour suprême des États-Unis, *Palmer v. BRG of Georgia*, affaire n° 498 U.S. 46, 1990.

[11] Whish et Bailey, 2018.

[12] Commission européenne, 2018, affaire AT.40009 : Transporteurs maritimes de véhicules automobiles, disponible à l'adresse https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40009 (date de consultation : 8 septembre 2020).

[13] Cour suprême du Chili, *Fiscalía Nacional Económica c. Agrícola Agrosuper y Otros*, affaire n° 27181-2014, 2015.

[14] Tribunal de défense de la libre concurrence du Chili, *Fiscalía Nacional Económica c. CMPC Tissue y Otra*, arrêt n° 160-2017, 2017.

pleinement parti d'économies d'échelle. La concurrence est amoindrie et les prix à la consommation sont plus élevés.

5. Refus concertés d'achat

6. Refus concertés d'approvisionnement

20. Les refus concertés d'achat ou d'approvisionnement, parfois appelés « boycottages collectifs », sont des accords par lesquels des entreprises concurrentes conviennent de cesser ou de limiter leurs ventes à une clientèle donnée ou de cesser ou de limiter leurs achats auprès de fournisseurs donnés. Les boycottages collectifs peuvent servir à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles illégales. Par exemple, des entreprises concurrentes peuvent convenir de ne pas traiter avec d'autres, sauf aux conditions convenues, afin de faire respecter un accord de fixation des prix. Les boycottages collectifs peuvent aussi servir à empêcher l'entrée d'une entreprise sur un marché ou à désavantager un concurrent existant. Ils peuvent également viser des détaillants vendant au rabais afin de faire respecter des arrangements de prix imposés. Parfois, le boycott n'est pas effectivement appliqué, mais la seule menace de son application suffit pour que les victimes potentielles agissent comme souhaité. Les boycottages collectifs peuvent être horizontaux (les concurrents s'entendent pour ne pas vendre ou acheter à certaines personnes physiques ou morales)[15] ou verticaux (des entreprises intervenant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution conviennent de refuser de traiter avec un tiers, généralement un concurrent de l'une d'elles)[16]. Les boycottages collectifs sont réputés illégaux dans un certain nombre de pays, en particulier lorsqu'ils visent à faire respecter d'autres arrangements ou qu'ils restreignent la concurrence et sont dépourvus de toute justification économique. Les refus concertés d'achat ou d'approvisionnement sont souvent considérés comme une violation a priori dans un certain nombre de pays (voir le tableau 4).

Tableau 4
Formules différentes relevées dans les législations existantes − Boycottages

Pays	
Allemagne	Outre qu'elle porte une interdiction générale des accords anticoncurrentiels, la loi sur les restrictions à la concurrence interdit expressément les boycottages, à son article 21.
Chine	L'article 13 de la loi antimonopole interdit à des entreprises concurrentes de conclure un accord horizontal de boycottage.
États-Unis	Les tribunaux examinent généralement les affaires de boycottage selon la règle de l'illégalité a priori. Cependant, la Cour suprême a estimé que tous les refus concertés horizontaux de commercer ne méritaient pas d'être considérés comme illégaux a priori[17].

[15] Cour suprême des États-Unis, *Allied Tube and Conduit v. Indian Head, Inc.*, affaire n° 486 U.S. 492, 1988.

[16] Cour suprême des États-Unis, *Klor's v. Broadway-Hale Stores*, affaire n° 359 U.S. 207, 1959.

[17] Dans une affaire, le défendeur, une coopérative d'achat, avait exclu un membre sans lui donner d'explication ni lui fournir un moyen procédural de contester son exclusion. La Cour suprême a estimé que ce type de coopérative avait généralement vocation à accroître l'efficacité économique et a jugé qu'à moins que la coopérative n'exerçât une position de force sur le marché ou ne bénéficiât d'une exclusivité d'accès à un élément essentiel pour une concurrence effective, l'exclusion de ce membre devait être analysée selon la règle de raison et pouvait bien être considérée comme légale (Cour suprême des États-Unis, *Northwest Wholesale Stationers, Inc. c. Pacific Stationary & Printing*, affaire n° 472 U.S. 284, 1985).

7. 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. Il est fréquent que les producteurs et les vendeurs de biens et de services soient membres d'associations professionnelles et commerciales. Normalement, quiconque satisfait aux règles d'admission dont ces associations sont généralement pourvues peut y adhérer. Toutefois, les règles d'admission peuvent être rédigées de manière à exclure certains concurrents potentiels, soit en établissant une discrimination à leur égard, soit en appliquant une sorte de « monopole syndical », ce qui peut réduire ou entraver la concurrence[18]. Il reste que des préoccupations légitimes telles que le non-respect du code de conduite professionnelle peuvent justifier l'exclusion de personnes d'associations professionnelles. Le refus collectif d'admission à la qualité de partie à un arrangement peut aussi consister à refuser l'accès à un dispositif sans lequel il n'est pas possible de soutenir efficacement la concurrence sur le marché.

F. Autres types d'accords horizontaux

22. Les accords horizontaux autres que les ententes injustifiables sont souvent qualifiés d'anticoncurrentiels à cause de leurs effets ou soumis à la règle de raison. Généralement, ils prennent la forme de groupements de commercialisation, de groupements d'achat, de coentreprises de recherche-développement et, parfois, d'accords de partage d'informations. Dans de nombreuses législations sur la concurrence, ces accords sont soumis à la règle de raison, car il se peut que des concurrents aient besoin de collaborer ou de coopérer dans le cadre d'alliances stratégiques ou de coentreprises et cette collaboration ait des effets bénins, voire positifs sur la concurrence. Dans certaines juridictions, ces accords doivent être notifiés aux organismes chargés de la concurrence avant leur mise en œuvre, en application des dispositions sur le contrôle des fusions-acquisitions[19]. Cependant, il ne suffit pas qu'un arrangement soit qualifié de coentreprise pour que les entreprises qui y sont parties puissent se soustraire à leur responsabilité si elles se servent de cette coentreprise pour augmenter les prix ou restreindre la production ou les ventes.

Les groupements de commercialisation

23. Les groupements de commercialisation supposent des accords de vente, de distribution ou de promotion de biens ou de services. Ces accords peuvent être favorables à la concurrence lorsque la combinaison d'actifs complémentaires est susceptible de déboucher sur des économies et d'autres gains d'efficacité. Mais les collaborations en matière de commercialisation peuvent aussi donner lieu à des accords sur les prix, la production ou les ventes, ou d'autres variables importantes, qui seront dommageables à la concurrence. Il appartient à l'organisme chargé de la concurrence de décider, à la lumière des circonstances particulières dans chaque cas, si de tels arrangements pourront servir l'intérêt public.

Les groupements d'achat

24. Dans le cadre d'un groupement d'achat, des entreprises s'entendent sur l'achat en commun des facteurs de production qui leur sont nécessaires. Ce type d'accord est souvent favorable à la concurrence, car il permet aux participants d'obtenir des rabais plus importants auprès des fournisseurs, ce qui fait baisser les coûts d'approvisionnement, ou de diminuer les coûts de livraison et de distribution. Il peut toutefois réduire la concurrence s'il favorise la collusion en uniformisant les coûts supportés par les participants. Par exemple, en Allemagne, la loi sur les restrictions à la concurrence a été modifiée afin que les petites et moyennes entreprises et leurs associations bénéficient d'une exemption générale pour certains accords qui ne font pas entrave à la concurrence et qui améliorent leur compétitivité.

[18] Cour suprême des États-Unis, *Associated Press c. United States*, affaire nº 326 U.S. 1, 1945.

[19] Pour de plus amples renseignements, voir les commentaires du chapitre V de la Loi type sur la concurrence.

Les coentreprises de recherche-développement

25. La collaboration entre des entreprises concurrentes peut passer par des accords sur des activités conjointes de recherche-développement. Ces activités sont généralement favorables à la concurrence et procurent des avantages considérables. Par exemple, elles permettent aux participants de s'adjoindre des actifs, des technologies ou des compétences complémentaires, ce qui aboutira à la mise au point de produits nouveaux ou améliorés. Il reste que les accords sur des activités conjointes de recherche-développement peuvent aussi réduire la concurrence s'ils imposent aux participants des restrictions à l'exploitation des produits mis au point dans le cadre de leur collaboration.

Les accords de partage d'informations

26. Les accords entre des entreprises concurrentes peuvent consister, pour une part considérable, en des échanges d'informations. S'il peut être nécessaire pour parvenir à une collaboration favorable à la concurrence, le partage d'informations peut aussi accroître le risque de collusion. En particulier, l'échange d'informations sur les prix, les coûts, les conditions de transaction, les stratégies de commercialisation ou d'autres variables importantes de la concurrence peut soulever des préoccupations et, de ce fait, est considéré comme anticoncurrentiel en soi dans certaines juridictions. En partageant des informations sensibles du point de vue de la concurrence, les concurrents peuvent contribuer à une collusion[20].

G. Accords verticaux

27. Les accords verticaux sont des accords conclus entre des entreprises situées à différents niveaux de la chaîne de production et/ou de distribution. Comme ces entreprises ne sont souvent pas en concurrence directe, les accords qui les lient ont plutôt pour effet d'accroître l'efficience que de réduire substantiellement la concurrence. Bien qu'aucun accord vertical ne soit mentionné au chapitre III de la Loi type sur la concurrence, certaines catégories d'accords verticaux potentiellement anticoncurrentiels sont évoquées au chapitre VI, qui traite de l'abus de position dominante. D'un point de vue systématique, il semble plus judicieux d'examiner les accords verticaux dans le cadre de l'interdiction des accords anticoncurrentiels.

28. Parmi les restrictions verticales, on distingue les restrictions intramarque et les restrictions intermarques. Les restrictions intramarque consistent en des accords conclus entre des entreprises intervenant à des niveaux différents de la chaîne de production et par lesquels une forme quelconque de restriction est imposée à la distribution des produits d'un fabricant – par exemple, un prix de vente minimum ou maximum imposé ou une restriction territoriale. Les restrictions intermarques font intervenir des accords qui limitent ou affectent la distribution des produits d'une entreprise concurrente – par exemple, un accord d'exclusivité ou un accord de vente liée.

29. Dans de nombreuses juridictions, les restrictions verticales sont analysées selon la règle de raison, car elles ne sont pas toujours préjudiciables et peuvent être effectivement avantageuses dans certaines structures de marché. Les autorités de la concurrence s'opposent rarement aux restrictions verticales hors prix. Les accords verticaux qui soulèvent généralement des problèmes de concurrence sont les accords sur les prix imposés, les accords d'exclusivité, les accords d'exclusivité territoriale ou portant restrictions territoriales (géographiques) du marché pour les distributeurs et les accords de vente liée. Si le premier type d'accord reste très controversé parmi les économistes, les pratiques d'exclusivité suscitent moins de préoccupations[21].

[20] Cour suprême des États-Unis, *American Column and Lumber v. United States*, affaire nº 257 U.S. 377, 1921.

[21] Pour de plus amples renseignements sur les quatre types d'accords, voir les commentaires du chapitre IV de la Loi type sur la concurrence.

Les prix imposés

30. La pratique des prix imposés suppose la conclusion d'un accord entre un fournisseur et ses distributeurs, par lequel les distributeurs s'engagent à vendre les produits du fournisseur à un certain prix ou les parties conviennent d'un prix minimum ou maximum à la consommation. Généralement, elle consiste en la fixation des prix de vente au détail par le fournisseur. Elle limite la concurrence intramarque, en empêchant les détaillants qui vendent les produits d'une même marque de rivaliser entre eux sur les prix. En revanche, elle peut favoriser la concurrence intermarques, en incitant les détaillants à réaliser des économies d'échelle et de portée[22]. Elle peut être avantageuse à la fois pour le producteur et les détaillants, voire servir l'intérêt public. Étant donné que l'imposition d'un prix minimum restreint la concurrence entre les revendeurs des produits d'une même marque, lorsqu'une seule marque est présente sur un marché, la pratique des prix imposés revient à fixer un prix minimum sur toute l'étendue du marché. Cette situation est fréquente dans les pays en développement, où les marchés sont beaucoup plus concentrés que dans les pays développés, parce que le revenu national global est plus faible et que la demande pour des produits de marque est limitée, et où il peut donc n'exister qu'un fournisseur unique ou deux principaux fournisseurs pour un produit donné. Dans ces circonstances, les pays en développement considèrent généralement la pratique des prix imposés comme une violation a priori, alors que les pays développés auront plutôt tendance à l'autoriser si elle fait la preuve de son intérêt public.

Les contrats d'exclusivité

31. Les contrats d'exclusivité constituent des restrictions intermarques et lient deux parties d'un contrat de vente ou d'achat. L'acheteur s'engage à ne se fournir qu'auprès d'un seul et unique fournisseur, ou le vendeur s'engage à ne traiter qu'avec un seul acheteur. Presque tous les accords de franchise contiennent des dispositions de cette nature, qui interdisent aux franchisés d'acheter des produits, ou du moins des produits caractéristiques de la marque, auprès d'un fournisseur autre que le franchiseur. Sur le plan de la concurrence, les contrats d'exclusivité sont préoccupants, car ils peuvent conduire à un verrouillage du marché. Par exemple, si une grande partie des détaillants qui vendent des produits d'un certain type ou d'une certaine qualité dans une région géographique donnée concluent un contrat d'exclusivité avec le même producteur, il sera peut-être impossible à un autre producteur de commercialiser ses produits sur le marché, faute de disposer d'un réseau de distribution suffisamment étendu. Les contrats d'exclusivité ne sont interdits que lorsqu'ils réduisent substantiellement la concurrence sur un marché.

L'exclusivité territoriale ou les restrictions territoriales du marché

32. Ces restrictions se retrouvent dans tout accord par lequel un fournisseur restreint le territoire de vente de ses distributeurs.

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

33. Un accord de vente liée est un accord par lequel une partie vend un produit donné, mais uniquement à la condition que l'acheteur acquiert également un autre produit ou produit lié, ou du moins, s'engage à ne pas acheter le produit en question auprès d'un autre fournisseur. Dans le cas extrême de la vente forcée d'une gamme entière de produits, l'acheteur est contraint d'acquérir toute la gamme de produits d'une entreprise pour pouvoir obtenir les quelques produits dont il a besoin. Les accords de vente liée peuvent avoir un effet négatif sur la concurrence si une grande partie du marché est verrouillée et que des entreprises en sont donc évincées.

[22] Les restrictions verticales encouragent la concurrence intermarques en permettant au fabricant de réaliser certains gains d'efficacité dans la distribution de ses produits (Cour suprême des États-Unis, *Continental TV v. GTE Sylvania*, affaire n° 433 U.S. 36, 1977) ; Les justifications des restrictions verticales sur les prix sont comparables à celles des autres restrictions verticales. L'imposition de prix minimaux peut stimuler la concurrence intermarques. C'est important car la finalité première des lois antitrust est de protéger la concurrence entre les marques (Cour suprême des États-Unis, *Leegin Creative Leather Products v. PSKS*, affaire n° 551 U.S. 877, 2007).

III. Autorisation ou exemption
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 d'exemptions lorsque les responsables de l'application des lois sur la concurrence établissent que l'accord, dans son ensemble, servira l'intérêt public

34. Presque toutes les juridictions prévoient des exemptions à l'interdiction des accords anticoncurrentiels. Cependant, à législations différentes, systèmes d'autorisation et d'exemption différents. Le chapitre III de la Loi type sur la concurrence prévoit un système d'autorisation dans lequel les organismes nationaux chargés de la concurrence sont habilités à autoriser les accords qui leur sont notifiés, alors que d'autres législations ne prévoient des exemptions que pour certains types d'accords, sans laisser aucune marge de manœuvre aux autorités de la concurrence. Par exemple, aux États-Unis, la loi antitrust ne prévoit aucune possibilité d'autorisation ou d'exemption par l'autorité de la concurrence et, par voie de conséquence, aucun système de notification des accords anticoncurrentiels. Toutefois, en 2000, la Commission fédérale du commerce et le Département de la justice ont publié des lignes directrices antitrust en vue de rassurer les entreprises qui comptaient s'engager dans une forme de coopération horizontale et de leur indiquer dans quelles conditions elles pourraient collaborer en toute sécurité au regard de la nature de leur accord.

35. Les observations ci-après ont trait à différentes formes d'autorisation susceptibles d'être délivrées par les autorités de la concurrence, par opposition aux exemptions prévues par la loi.

Exemptions par catégorie et/ou exemptions individuelles

36. De nombreuses juridictions prévoient des systèmes d'exemption par catégorie et/ou d'exemption individuelle. Dans le système d'exemption par catégorie, des accords sont exemptés sans devoir faire l'objet d'une évaluation individuelle, parce qu'ils entrent dans une catégorie donnée. Parmi les catégories d'accords réputées satisfaire aux critères d'exemption figurent les accords de recherche-développement et les accords de spécialisation, qui, par la combinaison de compétences ou d'actifs complémentaires, peuvent aboutir à des gains d'efficacité considérables. Il est également possible qu'un accord donné bénéficie d'une exemption. Des entreprises qui entendent passer un accord potentiellement anticoncurrentiel doivent notifier tous les aspects pertinents dudit accord à l'autorité de la concurrence pour être autorisées à le conclure. Le chapitre V de la Loi type sur la concurrence porte sur les aspects procéduraux du système de notification. Il montre qu'un système de notification préalable et d'autorisation administrative, par l'important arriéré de notifications qu'il génère, risque de conduire à un gaspillage d'une grande partie des ressources de l'autorité de la concurrence et de ne pas procurer la sécurité juridique attendue aux parties concernées. À cet égard, on peut mentionner que l'Union européenne a abandonné son système de notification des accords potentiellement anticoncurrentiels.

Critères d'exemption

37. Une autorité de la concurrence peut autoriser certaine pratique lorsque les entreprises concernées sont exposées à une concurrence effective et que la pratique en question sert l'intérêt public. Cet intérêt public doit être en accord avec les objectifs ou les finalités du droit de la concurrence, c'est-à-dire être interprété de préférence comme un avantage économique ou un gain d'efficacité économique. Le paragraphe 3 de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne peut fournir un bon point de départ pour l'élaboration des critères d'exemption. Il prévoit que, pour être autorisé, un accord doit remplir quatre conditions, à savoir : contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique ; réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ; ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ; ne

pas donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. Plusieurs pays, dont la Suisse, suivent cette approche. De nombreuses autorités de la concurrence, notamment celle de la Commission européenne, sont peu enclines à autoriser des accords qui relèvent de la catégorie des ententes injustifiables.

Exemptions de minimis ou autres formes d'exemption

38. De nombreuses autorités de la concurrence accordent une exemption *de minimis* aux accords anticoncurrentiels conclus entre des entreprises dont la part de marché combinée ne dépasse pas un certain pourcentage (généralement entre 10 % et 25 %) du marché considéré ou dont le chiffre d'affaires annuel combiné est inférieur à un certain montant. Cependant, ce type d'exemption ne s'applique généralement pas aux ententes injustifiables. Il peut arriver qu'une exemption *de minimis* soit accordée par la loi. Par exemple, en Allemagne, l'article 3 de la loi sur les restrictions à la concurrence ne s'applique pas à la coopération entre les petites et moyennes entreprises si l'objet de cette coopération est de rationaliser des activités économiques. En outre, certaines lois sur la concurrence prévoient la possibilité d'autoriser, dans certaines circonstances et pour une durée limitée, des accords tels que des ententes de rationalisation et des ententes de crise, parfois appelées « ententes de dépression ». C'est le cas, par exemple, des anciennes législations antitrust allemande et japonaise, dans lesquelles des ententes de crise et des ententes de rationalisation pouvaient être autorisées par l'autorité de la concurrence à la demande des parties. Ces exemptions ont été supprimées en 2005 en Allemagne et en 1999 au Japon. Il convient de noter que, dans d'autres juridictions où des dispositions de ce type sont encore en vigueur, peu d'exemptions ont été appliquées ces dernières années. D'autres approches sont présentées dans le tableau 5.

Tableau 5
Formules différentes relevées dans les législations existantes − Autorisation ou exemption

Pays	
Afrique du Sud	Selon le paragraphe 3 de l'article 10 de la loi sur la concurrence, la Commission de la concurrence peut exempter un accord, à condition que celui-ci satisfasse ou contribue à satisfaire l'un des objectifs suivants : a) soutenir ou promouvoir les exportations ; b) renforcer les capacités des petites entreprises ou des entreprises contrôlées ou détenues par des personnes défavorisées en vue de les rendre compétitives ; c) faire évoluer les capacités de production pour arrêter le déclin d'un secteur ; d) assurer la stabilité économique d'un secteur désigné par le Ministre du commerce et de l'industrie, après consultation du ministre chargé dudit secteur.
Australie	La loi sur les pratiques commerciales précise les cas où la Commission australienne de la concurrence et de la consommation peut accorder une autorisation. D'une manière générale, une pratique donnée peut être autorisée si elle sert l'intérêt public plus qu'elle ne le dessert. La loi subordonne l'autorisation des différents types de pratiques au respect de deux conditions. Selon la première condition, la Commission n'autorise pas la conclusion ou l'exécution de contrats, d'arrangements ou de conventions projetés ou existants qui pourraient prévoir une entente, réduire substantiellement la concurrence ou comporter des relations d'exclusivité (autres que la vente liée triangulaire), sauf si elle considère qu'en toutes circonstances, l'accord ou la pratique en question servirait l'intérêt public plus qu'elle ne le desservirait par une réduction de la concurrence. Selon la seconde condition, la Commission n'autorise pas des dispositions d'exclusion (boycottages directs),

Pays	
	des boycottages indirects, des ventes liées triangulaires et des prix imposés, sauf si elle considère qu'en toutes circonstances, les dispositions ou les pratiques proposées serviraient probablement l'intérêt public à tel point qu'elles devraient être autorisées.
Chine	Selon l'article 15 de la loi antimonopole, les dispositions des articles 13 et 14 de ladite loi ne sont pas applicables aux accords entre entreprises ayant l'une des finalités suivantes : 1) Améliorer les technologies, mener des activités de recherche-développement de nouveaux produits ; 2) Améliorer la qualité des produits, réduire les coûts, accroître l'efficacité, uniformiser les spécifications et normes des produits ou procéder à une division et à une spécialisation de la production ; 3) Accroître l'efficacité et la compétitivité des petites et moyennes entreprises ; 4) Servir l'intérêt public, notamment par l'économie d'énergie, la protection de l'environnement et la fourniture de secours en cas de catastrophe ; 5) Atténuer une chute du chiffre d'affaires ou compenser une surproduction manifeste en période de crise économique ; 6) Protéger les intérêts légitimes dans le commerce extérieur et la coopération économique extérieure ; 7) Autres finalités déterminées par la loi ou le Conseil d'État. Dans les cas visés aux alinéas 1) à 5) dans lesquels les dispositions des articles 13 et 14 ne sont pas applicables, les entreprises doivent aussi prouver que l'accord en cause ne restreindra pas substantiellement la concurrence sur le marché considéré et que les consommateurs pourront bénéficier des avantages qui en découlent.
Kenya	Les articles 25 et 26 de la loi sur la concurrence prévoient des exemptions pour les pratiques, décisions et accords restrictifs et les pratiques commerciales restrictives applicables aux associations commerciales. Les entreprises et/ou les associations d'entreprises intéressées doivent présenter une demande d'exemption, accompagnée des informations requises, à l'autorité de la concurrence. Après examen de la demande, l'autorité de la concurrence peut : a) accorder l'exemption ; b) refuser l'exemption et informer l'auteur de la demande de ce refus ; ou c) délivrer une attestation par laquelle elle déclare qu'au vu des éléments dont elle a connaissance, l'accord, la décision ou la pratique concertée en cause, ou la catégorie d'accords, de décisions ou de pratiques concertées en cause, n'est pas contraire à la loi. Le paragraphe 2 de l'article 26 dispose que l'autorité de la concurrence peut accorder une exemption pour des raisons exceptionnelles ou des raisons impérieuses d'ordre public. Le paragraphe 3 du même article précise que, lorsqu'elle prend une décision en relation avec l'ordre public, l'autorité de la concurrence doit apprécier dans quelle mesure l'accord, la décision ou la pratique concertée en cause, ou la catégorie d'accords, de décisions ou de pratiques concertées en cause, contribue ou aboutit, ou est susceptible de contribuer ou

Pays	
	d'aboutir, aux actions suivantes : a) soutenir ou promouvoir les exportations ; b) améliorer la production ou la distribution de biens ou la fourniture de services, ou les protéger d'une baisse ; c) promouvoir le progrès technique ou économique ou la stabilité dans un secteur donné ; d) procurer au public un avantage qui surpasse ou est susceptible de surpasser l'affaiblissement de la concurrence qui découlera ou pourra découler de l'accord, de la décision ou de la pratique concertée en cause ou de la catégorie d'accords, de décisions ou de pratiques concertées en cause.
Singapour	La loi sur la concurrence dispose que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal ne sont pas soumises à l'interdiction des accords anticoncurrentiels et que le ministre peut également exempter des accords pour des raisons d'ordre public. L'interdiction des accords anticoncurrentiels ne s'applique pas non plus aux accords qui produisent un bénéfice économique net.
Viet Nam	Le paragraphe 1 de l'article 14 de la loi sur la concurrence (loi nº 23/2018/QH14) dispose que les accords anticoncurrentiels peuvent bénéficier d'une exemption pour une durée déterminée à condition qu'ils servent l'intérêt des consommateurs et satisfassent à l'une des conditions suivantes : a) Promouvoir le progrès technique et technologique, améliorer la qualité des produits et des services ; b) Accroître la compétitivité des entreprises vietnamiennes sur les marchés internationaux ; c) Contribuer à une application uniforme des normes de qualité et des caractéristiques techniques des classes de produits ; d) Convenir de conditions pour l'exécution du contrat, la livraison et le paiement des marchandises, qui ne sont pas liées aux prix et à leurs composantes.