

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Annule & remplace le même document du 15 avril 2019

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

**Synthèse des discussions de la table ronde sur le champ d'application
extraterritorial des mesures correctives relevant du droit de la concurrence**

**Annexe au compte rendu succinct de la 126^e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la
coopération et l'application de la loi**

4-5 décembre 2017

Ce document préparé par le Secrétariat de l'OCDE est une synthèse détaillée de la table ronde qui a eu lieu au cours de la 126^e réunion du Groupe de travail n° 3 tenue le 5 décembre 2017.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :
[www.oecd.org/daf/competition/extraterritorial-reach-of-competition-mesures correctives.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/extraterritorial-reach-of-competition-mesures%20correctives.htm)

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M^{me} Despina Pachnou [téléphone : +33 1 45 24 95 25 – courriel : despina.pachnou@oecd.org]

JT03479413

Synthèse des discussions de la table ronde sur le champ d'application extraterritorial des mesures correctives relevant du droit de la concurrence

Rédigée par le Secrétariat

Le Président du Groupe de travail n°3 sur la coopération internationale et l'application de la loi, M. Frédéric Jenny, ouvre la table ronde, soulignant l'intérêt de la discussion sur le champ d'application territorial des mesures correctives relevant du droit de la concurrence qui visent à remédier à des pratiques anticoncurrentielles de parties étrangères, au vu de récentes affaires relatives à des fusions et à des comportements fautifs dans lesquelles les autorités de la concurrence ont demandé des mesures correctives extraterritoriales. Le Président fait état des travaux déjà menés par le Groupe de travail n°3 sur ce thème, en particulier la table ronde tenue en octobre 2015 consacrée aux ententes portant sur des biens intermédiaires, dont les participants ont étudié la question de l'existence d'une doctrine des effets – utilisée comme critère de compétence sur des comportements de parties étrangères et qui permet aux autorités de la concurrence d'examiner des actes préjudiciables sur le territoire national – et des conditions de son application. Cette table ronde étant consacrée aux mesures correctives, autrement dit à des mesures imposant une ligne de conduite et non des sanctions, et les ententes injustifiables étant en général tout simplement proscrites ou sanctionnées, les discussions ont porté sur les mesures correctives extraterritoriales imposées dans des affaires relatives à des fusions, des restrictions verticales et des abus de position dominante, comportant pour certaines un volet concernant les droits de propriété intellectuelle.

Le Président présente les intervenants du panel : M. Doug Ginsburg, juge doyen - professeur à la faculté de droit de la George Mason University et Président du Comité consultatif international de l'institut mondial de droit de la concurrence de cette université ; M. Florian Wagner-Von Papp – professeur à l'University College London ; et M. Jay Jurata – associé du bureau d'Orrick à Washington D.C, et responsable du département de droit de la concurrence de ce cabinet.

La table ronde s'articule en trois parties : (1) le champ d'application approprié des mesures correctives ; (2) l'application de principes de courtoisie aux mesures correctives extraterritoriales ; (3) la coopération internationale lors de la conception et de la mise en œuvre des mesures correctives extraterritoriales.

M^{me} Despina Pachnou du Secrétariat présente le sujet et rappelle les principales questions soulevées dans le document de référence du Secrétariat. Les mesures correctives doivent être efficaces, c'est-à-dire qu'elles doivent permettre de remédier au préjudice qui a été mis en évidence, (2) exécutoires, autrement dit elles doivent être applicables et déclencher des sanctions en cas de non-respect et (3) proportionnées, en d'autres termes, elles doivent se limiter aux mesures les moins restrictives. Une mesure corrective est proportionnée si son champ d'application géographique est limité à la mesure nécessaire pour remédier au comportement préjudiciable.

M^{me} Pachnou expose les questions éventuelles à examiner : (1) les raisons pour lesquelles et la mesure dans laquelle les mesures correctives doivent être appliquées au-delà des frontières nationales ; (2) l'existence de règles de fond contradictoires dans les différents pays, qui peuvent amener à traiter le même comportement et à y remédier de

manière différente ; (3) la prise en compte d'autres solutions d'application du droit et les raisons pour lesquelles une unique mesure d'application internationale est imposée et non plusieurs mesures correctives nationales distinctes, chacune sur un marché national distinct ; (4) les conséquences du principe de courtoisie en cas de conflit de lois ou lorsque des intérêts importants d'autres pays risquent d'être lésés ; (5) la coopération internationale entre autorités de la concurrence, qui peut consister à examiner ou élaborer conjointement des mesures correctives, ou à renvoyer à une autre autorité les mesures d'exécution et les mesures correctives ; et (6) l'intérêt d'une convergence des règles de fond.

Le Président invite ensuite le premier intervenant, M. Florian Wagner-Von Papp, à présenter succinctement les principes permettant de définir le champ d'application approprié des mesures correctives.

1. Le champ d'application approprié des mesures correctives

M. Wagner-Von Papp commence par expliquer que le champ d'application des mesures correctives peut être limité par des principes du droit international public ou du droit national. La frontière entre les principes du droit international public et ceux du droit national est floue, puisqu'ils s'influencent mutuellement, et il est donc difficile d'identifier les limites issues du droit international public qui définissent le champ d'application géographique des mesures correctives.

M. Wagner-Von Papp explique que, d'une part, la compétence afin de prescrire une mesure corrective peut être territoriale ou extraterritoriale, sous réserve qu'il existe un lien entre la juridiction prenant cette mesure et le comportement qui est prescrit ou proscrit. Presque toutes les juridictions utilisent le critère des effets qualifiés pour établir leur compétence sur des comportements de parties étrangères, dès lors que ces comportements causent un préjudice direct substantiel dans leur territoire. Dès lors, il en découle évidemment qu'en l'absence d'effets qualifiés dans son territoire, la juridiction concernée n'a pas compétence pour prescrire ou proscrire le comportement concerné, et, partant, pour imposer des mesures correctives. D'autre part, la compétence pour imposer une mesure corrective est strictement territoriale. Une mesure corrective ne peut donc être appliquée dans un pays étranger qu'avec le consentement ou l'assistance judiciaire de l'État étranger concerné, ou en contraignant la partie en cause à appliquer la mesure corrective extraterritoriale (par exemple, en imposant des mesures correctives supplémentaires dans le territoire de la juridiction d'exécution, tels des paiements de pénalités périodiques).

En vertu du critère des effets qualifiés, s'il est possible de décomposer une fusion ou un comportement en deux parties (l'une produisant des effets qualifiés sur le territoire national d'un pays donné et l'autre touchant un territoire étranger), l'autorité de la concurrence du pays en question n'a compétence que sur la partie de la transaction ou du comportement dont les effets se manifestent sur le territoire national. Les autorités de la concurrence doivent examiner attentivement si la fusion ou le comportement peut être ainsi décomposé, auquel cas elles ne pourront l'interdire et/ou le corriger que partiellement. En revanche, si une fusion ou un comportement est indivisible, l'État a une compétence normative sur l'ensemble de la fusion ou du comportement. Autrement dit, dans le cas d'un comportement indivisible, plusieurs autorités de la concurrence peuvent avoir une compétence normative à l'égard du même comportement. En raison de la prolifération des régimes de droit de la concurrence, dans plus de 130 juridictions, un même comportement peut être incriminé en vertu des règles de plusieurs juridictions et entraîner des sanctions cumulatives. La question est alors de savoir s'il existe des limites à l'exercice de cette compétence normative des

pays concernés, afin d'éviter une application excessive de la loi et le risque de mesures correctives contraires ou partiellement redondantes.

Le droit international public n'offre pas de base claire permettant de limiter l'exercice de la compétence normative et le champ d'application des mesures correctives. Il peut toutefois instituer des limites en présence d'un véritable conflit, c'est-à-dire lorsqu'un État prescrit une mesure corrective alors qu'un autre la proscriit, mais le fondement doctrinal de ces limites n'est pas clair. Sachant que les autorités de la concurrence disposent d'un vaste pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit de sélectionner des affaires et de concevoir des mesures correctives, M. Wagner-Von Papp propose qu'elles exercent leur pouvoir discrétionnaire d'engager des poursuites en tenant compte du fait qu'un cumul d'actions peut conduire à des mesures correctives redondantes ou contraires, ainsi qu'à des conflits avec des juridictions étrangères. Les autorités de la concurrence devraient également prendre en considération d'autres intérêts souverains importants et ajuster leurs actions d'exécution de manière à minimiser les conflits, c'est-à-dire tenir compte de la courtoisie négative. M. Wagner-Von Papp appelle également à une coopération accrue entre les autorités de la concurrence, qui pourrait prendre la forme de contrats de coopération, de groupes de travail communs, de négociation conjointe de mesures correctives, voire même d'une mutualisation des juridictions ou de la désignation d'une juridiction dont la compétence primera.

Le Président invite la **Fédération de Russie** à partager ses vues sur la compétence extraterritoriale.

Le **Service fédéral antimonopole (SFA)** de Russie explique que le droit fédéral de la concurrence russe lui attribue compétence pour examiner le comportement d'une entité étrangère ayant des effets préjudiciables en Russie. Le délégué présente certaines affaires russes récentes (la fusion Bayer/Monsanto et les affaires d'abus de position dominante de Microsoft et Apple) dans lesquelles le SFA a limité le champ d'application des mesures correctives imposées sur le marché local. Enfin, le délégué mentionne les difficultés d'exécution des mesures correctives extraterritoriales en l'absence d'accords bilatéraux conclus avec d'autres États. La Russie a conclu des accords bilatéraux en matière d'affaires pénales et civiles, mais ces accords ne couvrent pas les affaires de droit de la concurrence, qui sont régies par le droit administratif.

Le Président remercie la délégation russe et donne la parole à la **Commission européenne (CE)**. La CE explique que le champ d'application géographique des mesures correctives devrait refléter le champ d'application des règles de la concurrence de l'Union Européenne (UE), qui s'appliquent aux comportements qui ont eu lieu, ont été mis en œuvre ou ont produit des effets dans l'UE ou l'Espace Économique Européen (EEE), comme l'ont mis en lumière les affaires Woodpulp, Gencor et Intel. Le délégué évoque l'autorisation conditionnelle donnée par la CE pour l'acquisition de Alere par Abbott Laboratories et la fusion Dow/DuPont. Dans ces deux affaires, la CE a accepté la cession d'actifs situés hors de l'UE/l'EEE car elle a constaté que les engagements pris satisfaisaient à ses exigences en termes d'impact dans l'UE/l'EEE et de traitement approprié du risque d'entrave significative à une concurrence effective dans l'UE/l'EEE.

La CE décrit l'affaire des brevets essentiels à des normes (BEN) de Motorola, dans laquelle la CE a limité au comportement de l'entreprise dans l'EEE et aux brevets délivrés dans l'EEE les mesures correctives imposées à Motorola (pour avoir abusé de sa position dominante de titulaire de BEN en sollicitant une injonction de cessation à l'encontre d'Apple en Allemagne). En effet, cette décision n'a réduit la capacité de Motorola à appliquer son BEN européen qu'en Allemagne, alors que l'entreprise avait un

comportement similaire en dehors de l'EEE, lié à ses BEN non européens. Dans cette affaire, la CE a tenu compte du fait que la Federal Trade Commission (FTC) américaine avait rendu une décision homologuant l'accord intervenu entre les parties, dans le cadre de son enquête diligentée contre Google/Motorola qui portait sur des comportements similaires hors de l'UE. D'une manière générale, la CE coopère avec d'autres juridictions, en particulier en cas d'enquêtes parallèles, et soutient la convergence des règles de fond par l'entremise de forums multilatéraux comme l'OCDE.

La **Corée** décrit les Directives sur les mesures correctives qui ont été adoptées en 2005 par la Commission coréenne de la concurrence (*Korean Fair Trade Commission*) (KFTC). Les mesures correctives doivent obéir à 5 principes : 1) l'efficacité : les mesures correctives doivent permettre de remédier efficacement à la violation ; 2) la corrélation : les mesures correctives doivent être imposées en relation avec l'illégalité de la violation ; 3) la clarté et la spécificité : les mesures correctives doivent être claires et spécifiques, afin de faciliter leur application par les parties et leur contrôle par la KFTC ; 4) la capacité d'exécution : les mesures correctives doivent être exécutoires ; 5) la proportionnalité : les mesures correctives doivent être proportionnées à la violation.

Le délégué coréen explique que les principes énoncés dans les Directives peuvent servir de base pour déterminer le champ d'application des mesures correctives extraterritoriales. Ainsi, des mesures extraterritoriales peuvent être imposées si le marché en cause est mondial et si des mesures correctives limitées au territoire coréen ne peuvent pas résoudre les effets anticoncurrentiels du comportement concerné. Dans l'affaire d'abus de position dominante Qualcomm, la KFTC a constaté que le marché en cause était mondial, puisque les pratiques de Qualcomm n'opéraient aucune distinction entre le marché national et les marchés étrangers. Le délégué ajoute qu'il était difficile de limiter le champ d'application des mesures correctives au marché national. La KFTC a donc imposé à Qualcomm de donner accès à ses BEN non coréens, conformément aux principes précités d'efficacité, de corrélation et de proportionnalité des mesures correctives. La KFTC a appliqué le principe de courtoisie ; elle a consulté d'autres autorités de la concurrence lorsqu'elle enquêtait sur l'affaire et analysé la jurisprudence pertinente des autorités de la concurrence et des tribunaux étrangers.

La Fair Trade Commission du **Taipei Chinois** explique ensuite qu'elle a compétence pour imposer des mesures correctives extraterritoriales. Pour contrôler l'application de ces mesures, elle peut demander leur assistance à d'autres agences, associations professionnelles ou organisations non gouvernementales afin de l'aider à collecter les informations requises.

Le **Canada** informe les délégués d'une décision récente de la Cour suprême du Canada (dans une affaire ne concernant pas le droit de la concurrence), qui a jugé que les tribunaux canadiens ont le pouvoir de prononcer des injonctions d'application extraterritoriale. En particulier, la Cour suprême a estimé qu'un tribunal peut prononcer une décision interdisant un comportement partout dans le monde, si cela est nécessaire pour garantir l'efficacité de cette interdiction. Le Bureau de la concurrence peut adopter des mesures correctives extraterritoriales, s'il l'estime nécessaire pour garantir que le comportement anticoncurrentiel ne réduise pas la concurrence au Canada dans une mesure substantielle. Le Bureau examine attentivement les mesures correctives qu'il impose au cas par cas ; l'une de ses préoccupations principales est de prévenir les conflits qui peuvent surgir lorsqu'une mesure corrective a des effets extraterritoriaux.

Lorsqu'il examine une affaire, le Bureau tient compte des intérêts et des politiques d'autres juridictions et coopère avec elles. À titre d'exemple, il a travaillé avec la FTC américaine

et la CE dans l'affaire de la fusion Abbot Laboratories/ Alere afin de veiller à ce que les mesures correctives n'entrent pas en conflit les unes avec les autres.

L'**Inde** évoque les problèmes liés à l'exécution des mesures correctives, y compris en ce qui concerne la signification des actes à l'étranger et l'exécution à l'encontre d'entreprises qui ne sont pas présentes dans le territoire.

Le Président ouvre ensuite la seconde partie de la discussion – l'application de principes de courtoisie aux mesures correctives extraterritoriales.

2. L'application de principes de courtoisie aux mesures correctives extraterritoriales

Le **Juge Ginsburg** introduit la discussion sur le thème de la courtoisie. Il souligne le fait que le nombre croissant de régimes de concurrence augmente le risque d'existence de règles de fond contradictoires. En raison de l'application presque universelle du critère des effets qualifiés, qui permet à des juridictions d'examiner des comportements de parties étrangères perçus comme ayant des effets dans le territoire national, il est possible que plusieurs autorités de la concurrence examinent simultanément le même comportement. Cette situation peut donc aboutir à des résultats divergents selon les autorités concernées, en particulier si les règles de fond diffèrent. Des forums permanents de la concurrence, comme l'OCDE et le Réseau international de la concurrence (RIC), sont propices à une discussion fructueuse sur les différences importantes entre les différentes juridictions et permettent d'identifier les domaines de convergence.

Le Juge Ginsburg souligne qu'en cas de cumul de compétences multiples pour statuer sur le même comportement, il est important que les autorités de la concurrence coopèrent au niveau bilatéral ou multilatéral, au moyen d'accords formels ou de discussions au cas par cas. Un accord bilatéral institue généralement un mécanisme de règlement des conflits de règles de fond, tel le processus de consultation prévu dans l'accord de coopération en matière de concurrence conclu entre l'UE et les États-Unis d'Amérique, ou prévoit un recours au principe de courtoisie, tel qu'il est consacré dans le préambule à l'accord de coopération en matière de concurrence conclu entre les États-Unis d'Amérique et le Japon. En revanche, les discussions au cas par cas sont plus limitées, et plus axées sur le partage d'informations que sur l'évitement des conflits ; elles ont cependant le mérite d'établir un contact très fréquent entre certaines autorités (par exemple, entre les autorités américaines et la CE).

Il est également très important de prendre en considération les intérêts et les politiques d'autres juridictions, c'est-à-dire de respecter la courtoisie. Le Juge Ginsburg définit la courtoisie « forte » comme la considération accordée aux régimes étrangers à la fois les plus et les moins restrictifs, et la courtoisie « faible » comme la considération accordée exclusivement aux régimes les plus restrictifs.

Le Juge Ginsburg explique que la courtoisie a fait son entrée dans le droit positif américain avec l'adoption du *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982. Le champ d'application du principe de courtoisie a été abordé dans plusieurs décisions des tribunaux américains, notamment dans les affaires Hartford Fire en 1993 et Empagran en 2004. Les tribunaux américains ont également adopté le concept corrélatif d'excuse absolutoire en cas d'action sous la contrainte d'un souverain étranger, qui exonère une partie de sa responsabilité si un gouvernement étranger l'a contrainte à adopter le comportement en cause. Les autorités antitrust américaines appliquent le principe de la courtoisie dans deux situations : 1) lorsqu'une autorité de la concurrence étrangère réglemente le comportement

d'une manière différente ; 2) lorsqu'une autorité étrangère décide de ne pas réglementer le comportement en question. Dans chacun de ces cas, les autorités doivent décider comment procéder, en tenant compte de considérations relatives à la courtoisie.

Le Juge Ginsburg soutient que des décisions, telle la décision récente prise par la KFTC dans l'affaire d'abus de position dominante de Qualcomm, qui a imposé une mesure de concession de licence mondiale sur des brevets qui n'ont pas été enregistrés en Corée, traduisent la forme « faible » de courtoisie (c'est-à-dire celle qui justifie de s'abstenir de mesures d'exécution uniquement dans les cas où un conflit entre des législations inconciliables rend impossible pour une entreprise de se conformer simultanément aux lois de deux juridictions), et peuvent conduire à ce que la règle la plus restrictive s'applique mondialement. Le Juge Ginsburg souligne que les autorités devraient examiner attentivement les effets potentiels de leurs décisions hors de leur juridiction, et si l'impact qu'elles produiront dans d'autres pays est inévitable et néanmoins souhaitable. En particulier, si l'essentiel des effets est ressenti hors de la juridiction dont émane la décision, les autorités devraient ajuster cette décision afin d'éviter un débordement dans d'autres territoires.

Le Président fait observer que la courtoisie « forte » peut produire l'effet opposé à celui de la courtoisie « faible », c'est-à-dire conduire à ce que le régime le moins restrictif prévale mondialement. Il ajoute qu'il est important, dans tous les cas, que les autorités fournissent des arguments clairs à l'appui de leur décision d'imposer une mesure corrective extraterritoriale. La **Corée** prend la parole pour expliquer que la KFTC a considéré le principe de courtoisie dans l'affaire Qualcomm en 2016, et tenu compte des décisions pertinentes prises par des autorités étrangères afin de faire exécuter leurs mesures correctives.

Le Président donne la parole au **BIAC** afin qu'il exprime le point de vue des entreprises sur les mesures correctives extraterritoriales. Le délégué souligne le point suivant : si les entreprises sont tenues de se conformer à la loi dans toutes les juridictions où leurs comportements pourraient avoir un effet, alors, dans les faits, c'est la juridiction appliquant les règles les plus restrictives qui fixe les règles du commerce mondial. Le BIAC reconnaît qu'il existe une tension entre, d'une part, le pouvoir d'une autorité de remédier au préjudice causé aux consommateurs dans son territoire en prenant des mesures extraterritoriales, si besoin est ; et, d'autre part, le risque que les mesures correctives interfèrent avec les choix politiques d'autres États souverains étrangers, qui décident de ce qui est le mieux pour le bien-être des consommateurs dans leur propre commerce domestique et, par conséquent, des actes qui doivent être autorisés ou prohibés. Bien que différentes juridictions puissent avoir des conceptions différentes du meilleur moyen de garantir le bien-être des consommateurs, chaque juridiction devrait avoir largement son mot à dire dans la détermination des lois que les entreprises doivent respecter dans sa propre juridiction. Le BIAC ajoute que les entreprises devraient pouvoir en premier lieu respecter la loi et les choix politiques des juridictions nationales dans lesquelles elles exercent, et que, dans le même temps, les autorités de la concurrence devraient respecter la loi et les choix politiques des juridictions étrangères, lorsque ces lois et ces choix politiques ne vont pas à l'encontre de leur propre droit de la concurrence.

BIAC suggère de subordonner l'adoption de mesures correctives extraterritoriales aux trois conditions suivantes. Premièrement, l'autorité devrait avoir compétence à l'égard des personnes ou entités faisant l'objet de la mesure. Les filiales domestiques ne peuvent pas dicter ou contrôler le comportement de leurs sociétés mères étrangères, et ce constat doit être reconnu comme une limite à l'exercice de cette compétence. De la même manière, les

co-entreprises ne contrôlent pas leurs partenaires étrangers. Cela implique que les autorités devraient limiter la mesure corrective à l'entité domestique (à moins que la société mère étrangère ne s'avère également directement responsable). Deuxièmement, il faudrait que l'autorité et les juridictions d'exécution aient compétence en la matière. Si la juridiction d'exécution n'est pas compétente (par exemple, dans le cas de brevets étrangers), l'autorité ne l'est sans doute pas non plus. Troisièmement, il faudrait qu'un préjudice substantiel soit causé dans le territoire avant l'engagement d'une procédure d'exécution. Comme l'Avocat général l'a fait observer dans l'affaire Intel (UE), un effet éloigné ou hypothétique est insuffisant.

Le BIAC soutient que les mesures correctives extraterritoriales devraient, avant tout, être exceptionnelles et n'être imposées que lorsqu'une mesure corrective appliquée sur le territoire national ne permet pas de remédier à l'essentiel du préjudice. Ainsi, la mesure corrective ne devrait pas être plus étendue qu'il n'est nécessaire pour traiter l'effet du comportement dans le territoire national. Une mesure corrective de portée mondiale serait donc rarement justifiée, puisque ses effets déborderaient nécessairement sur des juridictions étrangères. S'il n'est pas possible de décomposer le comportement et que, par conséquent, l'autorité ne peut limiter la mesure corrective à la partie du comportement ayant une incidence sur un marché national, la meilleure solution serait alors de demander à l'entreprise de résoudre le problème, dans la mesure où celui-ci a un effet sur le territoire national, indépendamment du territoire dans lequel le comportement doit être modifié. L'entreprise aurait alors la possibilité de remédier à l'intégralité du préjudice dans le territoire national, y compris en décomposant un service ou un produit. Enfin, il faudrait appliquer le principe de courtoisie et éviter les mesures correctives extraterritoriales à la fois lorsqu'il existe un conflit de lois entre des législations inconciliables et lorsque le droit étranger est moins restrictif, étant donné que les autorités étrangères devraient, comme les gouvernements étrangers, être libres de choisir comment réguler leur propre commerce. Il conviendrait également de tenir compte du point de savoir si les objectifs recherchés par la mise en application du droit de la concurrence peuvent être atteints par sa mise en application à l'étranger. Il faudrait avoir des orientations sur la manière dont le principe de courtoisie sera appliqué et dont les intérêts étrangers seront reconnus par les autorités de la concurrence. Le BIAC conclut en indiquant que ces conditions sont nécessaires à la fois pour que les entreprises demeurent efficaces et pour promouvoir le bien-être des consommateurs.

Le Président donne la parole à l'**Afrique du Sud**. Les règles de concurrence sud-africaines peuvent s'appliquer à un comportement étranger s'il produit des effets en Afrique du Sud. La loi sur la concurrence (*Competition Act*) ne se réfère pas explicitement au principe de courtoisie ; toutefois, ce principe est reconnu par l'autorité de la concurrence et les tribunaux. Les mesures correctives sont ajustées, dans la mesure du possible, afin de traiter uniquement les effets produits en Afrique du Sud. Dans les affaires d'ententes internationales, l'autorité a coopéré étroitement avec d'autres autorités concernées, en particulier les autorités de la concurrence américaines et l'UE, et a pris des mesures afin d'éviter une double incrimination et donc une double peine.

Singapour explique que son économie, petite et ouverte, est vulnérable à des activités anticoncurrentielles provenant d'autres territoires. Singapour a compétence sur des comportements de parties étrangères ayant lieu à l'étranger et affectant Singapour, et reconnaît et applique le principe de courtoisie. Lorsqu'elle analyse une affaire nationale présentant des aspects extraterritoriaux, l'autorité de la concurrence évalue si les mesures correctives imposées par d'autres juridictions résolvent convenablement les problèmes de

concurrence qui se posent à Singapour ; si tel est le cas, elle s'abstiendra de prendre une mesure supplémentaire.

La **Nouvelle-Zélande** évoque l'affaire de la fusion entre Reckitt Benckiser et Johnson and Johnson. La fusion impliquait deux marques clés sur le marché des lubrifiants intimes. Les deux marques dominaient le marché néo-zélandais. La Commission du commerce n'a pas pu trouver des mesures correctives appropriées, comme d'autres juridictions y étaient parvenues à propos de la même fusion, étant donné qu'il n'existait aucune option de désinvestissement viable en Nouvelle-Zélande. La Commission du commerce n'a pas pu parvenir à une conclusion similaire à celle d'autres autorités, et a donc bloqué la fusion.

Le **Canada** fait observer que le principe de courtoisie est très important pour le Bureau de la concurrence. Le Bureau évalue si un comportement préjudiciable a lieu essentiellement dans une autre juridiction et examine ensuite les questions suivantes : la mesure corrective prise dans l'autre juridiction étrangère est-elle efficace et viable, sera-t-elle exécutée et sera-t-elle suffisante pour résoudre les problèmes de concurrence au Canada ? Si la mesure étrangère remplit ces conditions, le Bureau s'abstiendra pour sa part de prendre une mesure. Cela permet au Bureau de concentrer ses ressources sur l'exécution des mesures qu'il prend lui-même. À titre d'exemple, dans l'affaire Nishikawa, qui concernait des manipulations de soumissions d'offres portant sur des pièces automobiles et a abouti à une décision en juillet 2016, le Bureau, après s'être longuement concerté avec l'US Department of Justice (DoJ), est parvenu à la conclusion que ces manipulations visaient principalement les consommateurs américains. Le Bureau a considéré que l'amende de 130 millions d'USD imposée par le DOJ remédiait efficacement à l'effet préjudiciable produit tant au Canada qu'aux États-Unis d'Amérique.

M. Jay Jurata prend la parole pour évoquer certains problèmes pratiques liés aux mesures correctives extraterritoriales, en particulier dans des affaires concernant les droits de propriété intellectuelle (DPI), lorsqu'une mesure corrective est imposée par une juridiction qui n'a pas délivré le brevet ou tout autre DPI concerné. L'effet juridique des DPI est par définition limité au territoire dans lequel ils sont accordés ; corrélativement, ils ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution que dans ce territoire. Les mesures correctives extraterritoriales prises à l'encontre de DPI peuvent réduire l'innovation et la concurrence, en décourageant les efforts de conception inspirés par d'autres DPI, si les concurrents peuvent espérer que des autorités de la concurrence nieront les droits de leurs concurrents. Les mesures correctives extraterritoriales peuvent également encourager des guerres commerciales visant à promouvoir une politique industrielle et des champions nationaux. Enfin, les mesures correctives extraterritoriales peuvent augmenter les coûts de transaction liés aux DPI pesant sur les entreprises, qui répercuteraient ensuite ces coûts sur les consommateurs. En particulier, le risque lié à l'application extraterritoriale d'une mesure pourrait entraîner le passage d'une licence de brevet mondiale, unique et rentable, à plusieurs licences de brevet régionales plus limitées, qui peuvent aider à protéger les licences de brevet contre des mesures correctives extraterritoriales, mais augmentent les coûts de transaction. Récemment, dans le cadre d'affaires faisant intervenir des faits sous-jacents similaires, des autorités différentes ont imposé des mesures correctives ayant des champs d'application géographiques différents ; ce constat plaide en faveur d'une approche plus harmonisée de la mise en application du droit de la concurrence.

M. Jurata fait part de certaines suggestions à propos de la conception des mesures correctives extraterritoriales. Tout d'abord, sachant que le bien-être des consommateurs est l'objectif de la politique de concurrence, lorsque l'autorité de la concurrence évalue l'effet du comportement d'une partie étrangère dans sa juridiction, elle devrait se concentrer sur

les effets pour les consommateurs nationaux (et, par voie de conséquence, sur l'effet en matière de prix et de quantités pour les utilisateurs finaux), et non sur les fabricants ou producteurs nationaux. Dans ces conditions, l'autorité peut envisager de transférer sa compétence à la juridiction qui présente le lien le plus étroit avec le comportement contesté et s'abstenir de prendre elle-même une mesure quelconque. Si elle prend une mesure, elle devrait limiter son champ d'application géographique à celui du ressort de compétence des tribunaux qui examineront cette mesure, et solliciter l'avis des juridictions qui sont affectées par la mesure proposée.

Le Président ouvre ensuite la dernière partie de la discussion : la coopération internationale lors de la conception et de la mise en œuvre des mesures correctives extraterritoriales, considérée comme l'une des conditions du respect du principe de courtoisie.

3. La coopération internationale lors de la conception et de la mise en œuvre des mesures correctives extraterritoriales

Le Président donne la parole au **Brésil**. Le délégué brésilien évoque la fusion Dow/DuPont, première grande fusion internationale qui a conduit le Brésil à appliquer des mesures correctives à la fois extraterritoriales et nationales. Les problèmes de concurrence se posant au Brésil concernaient trois marchés, dont deux posaient des problèmes de concurrence au niveau mondial qui exigeaient des mesures correctives transfrontalières. Pendant la phase d'examen de l'affaire, l'autorité de la concurrence brésilienne, la CADE, a travaillé en contact étroit avec de nombreuses juridictions, y compris celles des États-Unis et de l'UE.

Le **RU** explique que, dans le cadre d'opérations de fusion concernant plusieurs juridictions, la Competition and Markets Authority britannique (CMA) coopère étroitement avec d'autres autorités dès le premier stade de la procédure, en particulier s'il est possible que des mesures correctives extraterritoriales soient sollicitées. La CMA a souligné l'importance de renoncements précoces à la confidentialité. Il est également important que les différentes autorités concernées examinent l'opération de fusion simultanément. En effet, si les parties notifient cette opération de fusion de manière échelonnée à plusieurs autorités de la concurrence, le fond de l'opération et les mesures correctives sont évalués à des dates différentes, ce qui accroît la probabilité de résultats divergents. Le calendrier de procédure est particulièrement important au RU, puisqu'il a instauré un système de notification volontaire des opérations de fusion, qui peut conduire à ce que le RU examine ces opérations plus tard que d'autres juridictions. Des accords efficaces de partage d'informations peuvent contribuer à éviter les problèmes liés à un contrôle échelonné des fusions. La coopération avec d'autres autorités, lors de la conception des mesures correctives, de la définition des acheteurs concernés et de la mise en place de mécanismes d'exécution, s'est révélée importante et souvent suffisante pour élaborer une solution efficace et exécutable permettant de régler des problèmes de concurrence transfrontalière, en replaçant les mesures correctives dans les limites de chaque juridiction. Selon l'expérience de la CMA, la mesure la moins onéreuse et la plus efficace est souvent une mesure nationale. Le délégué évoque la coopération de la CMA avec le DoJ dans le cadre de la fusion GTCR/PR Newswire, qui a contribué à aligner les mesures correctives, et de la fusion Nufarm/AH Marks, deux cas dans lesquels la CMA, la FTC américaine et le Bureau de la concurrence du Canada ont accepté le même type de mesures correctives.

L'**Allemagne** évoque sa coopération avec d'autres autorités. L'autorité de la concurrence allemande (Bundeskartellamt -BKA) coopère souvent avec d'autres autorités, généralement de manière informelle. Dans la fusion entre General Electric et Invision, les

parties ont proposé certains désinvestissements au BKA et à la FTC américaine. Les autorités de la concurrence ont discuté des mesures correctives avec les parties, et sont parvenues à s'entendre sur une mesure corrective qui a résolu les problèmes dans les deux juridictions. Les autorités ont discuté avec les parties des conditions et délais d'application des mesures correctives, et de la nomination d'un agent fiduciaire chargé des sûretés (*security trustee*).

La **COFECE**, autorité de la concurrence du Mexique, coopère également avec d'autres autorités de la concurrence 1) si une fusion ou un comportement affecte le Mexique ; 2) si la décision prise par la COFECE peut affecter une autre juridiction ou vice versa ; 3) dans des affaires complexes que d'autres autorités examinent simultanément, lorsqu'elle souhaite comparer les différentes approches et discuter des questions d'intérêt commun. La COFECE coopère avec d'autres autorités à un stade précoce de l'enquête, afin d'éviter des résultats incohérents. Elles échangent sur les questions suivantes : stratégies d'enquête, calendrier, informations publiquement disponibles, opinions, effets sur la concurrence et analyse interne de l'affaire. Si elles ont mutuellement accepté de renoncer à la confidentialité, elles s'échangent également des informations détaillées et des preuves. Dans la fusion Dow/DuPont, la COFECE a reconnu le bien-fondé des mesures correctives négociées avec les États-Unis et la CE, et s'est abstenue de prendre des mesures. Sa décision a reposé sur les motifs suivants : le marché était mondial, les actifs de production de la société étaient situés hors du Mexique, et les ventes des sociétés au Mexique étaient faibles par rapport à leur activité mondiale. La COFECE a également considéré que le désinvestissement convenu avec les États-Unis et la CE réglait convenablement tous les problèmes de concurrence.

L'**Institut Fédéral des Télécommunications (IFT)**, qui est l'autorité mexicaine de la concurrence chargée des télécommunications, coopère avec d'autres autorités afin d'identifier des questions d'intérêt mutuel et de concevoir des mesures correctives appropriées et non redondantes. Dans la fusion AT&T-Time Warner, des mesures correctives ont été imposées à toutes les sociétés concernées et non pas seulement à celles qui opèrent au Mexique.

Le **DOJ** parle de l'importance de l'équité procédurale dans la conception des mesures correctives, et du fait qu'un dialogue franc et ouvert avec les parties conduit à de meilleures mesures correctives et à la compréhension des mesures correctives envisagées dans d'autres juridictions. Le délégué évoque les directives américaines de 2017 intitulées *Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation*, qui stipulent que les mesures correctives doivent remédier au préjudice causé au commerce et aux consommateurs américains, et éviter les conflits avec des mesures correctives envisagées par des homologues étrangers. Les autorités américaines ne sont pas seulement attentives aux conflits de lois entre des législations inconciliables mais considèrent également la mesure dans laquelle un État souverain étranger laisse les parties libres de choisir entre différentes actions. Il est crucial de nouer une coopération efficace avec d'autres juridictions afin d'éviter des mesures correctives divergentes qui risquent de réduire la capacité des entreprises à être concurrentielles à l'échelle mondiale.

La **FTC** indique que son point de vue rejoint celui du DOJ. Lorsqu'une autorité estime qu'une mesure corrective extraterritoriale est nécessaire, il est important que les parties aient la possibilité de comprendre en quoi consiste cette mesure et de faire connaître leur point de vue afin que la mesure soit efficace et ne soit pas contre-productive. L'équité procédurale garantit le droit des parties de faire connaître leur point de vue. Il faut également expliquer pourquoi une mesure corrective particulière est nécessaire, afin de

permettre aux autorités de la concurrence étrangères et à d'autres entités de comprendre les raisons justifiant son application.

La **France** évoque l'affaire [Booking.com](https://www.booking.com) concernant le secteur de la réservation hôtelière en ligne, dans laquelle l'autorité française a coopéré étroitement avec ses homologues suédois et italien. Les trois autorités ont suivi leurs propres règles procédurales mais ont coordonné leurs actions et négocié conjointement des engagements applicables aux trois juridictions, qui ont résolu les problèmes de concurrence dans chaque juridiction. Cette coopération est intervenue dans le cadre du Réseau international de la concurrence, qui permet l'échange d'informations confidentielles. Aux côtés de ces trois autorités, la CE a négocié afin d'étendre les engagements à l'EEE, et Booking a volontairement proposé à d'autres autorités de respecter ces mêmes engagements.

Le Président et les experts résument brièvement les discussions. **M. Wagner-Von Papp** rappelle que le droit international public donne peu d'indications sur les limites à l'exercice de la compétence normative et sur le champ d'application des mesures correctives, de telle sorte qu'il est d'autant plus important que les autorités de la concurrence s'appuient sur le principe de la courtoisie négative et s'engagent dans une coopération bilatérale ou multilatérale. Le **Juge Ginsburg** mentionne l'utilité de la solution suggérée par les délégués visant à permettre aux parties elles-mêmes de proposer une solution au problème identifié par l'autorité de la concurrence, puisqu'elles sont les mieux placées pour définir l'engagement le mieux adapté au problème national. **M. Jurata** souligne la nécessité d'élaborer des mesures d'exécution cohérentes.

Le Président clôture les débats de la table ronde en soulignant le haut niveau de coopération entre les autorités qui a été mentionné dans les contributions écrites des délégations et pendant les discussions. Le Président met également en lumière la nécessité de motiver clairement les décisions des autorités, ce qui contribuera à améliorer la transparence et à promouvoir la convergence.