

Non classifié

DAFFE/CLP(99)19



Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

OLIS : 23-Aug-1999
Dist. : 25-Aug-1999

PARIS

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES, FISCALES ET DES ENTREPRISES
COMITE DU DROIT ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Or. Ang.

DAFFE/CLP(99)19
Non classifié

RAPPORT DU CLP SUR LA COURTOISIE POSITIVE

Le rapport ci-joint du CLP sur la courtoisie positive a été adopté par le Comité du droit et de la politique de la concurrence à sa dernière session (les 6 et 7 mai 1999).

80705

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Or. Ang.

RAPPORT DU COMITÉ DE L'OCDE DU DROIT ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

-- ACCROÎTRE L'EFFICIENCE DES MARCHÉS INTERNATIONAUX GRÂCE À LA "COURTOISIE ACTIVE" DANS LA MISE EN OEUVRE DES RÉGLEMENTATIONS DE LA CONCURRENCE --

Introduction

1. L'internationalisation des marchés a notamment pour effet que les intérêts économiques des pays peuvent être de plus en plus lésés par des pratiques anticoncurrentielles intervenant à l'étranger. Même si la compétence de chaque autorité nationale de la concurrence n'était pas limitée, le souci d'efficacité serait un puissant motif de coopération entre les autorités nationales de la concurrence pour les enquêtes et les mesures correctrices à adopter à l'égard des pratiques anticoncurrentielles ayant des effets transnationaux.

2. Les limites de la compétence pour l'application unilatérale du droit de la concurrence renforcent grandement la nécessité d'une coopération. Du fait de ces limites, les autorités nationales de la concurrence peuvent se trouver dans l'impossibilité de remédier à une pratique anticoncurrentielle se produisant à l'étranger qui porte gravement préjudice à leur économie. En outre, dans certaines situations, aucune autorité de la concurrence d'un pays lésé n'est parfois en mesure de faire cesser par elle-même une telle pratique ou d'y remédier d'une autre manière.

3. Le Comité du droit et de la politique de la concurrence (CLP) a toujours encouragé la coopération entre les autorités de la concurrence des pays Membres. Cette coopération est aujourd'hui plus indispensable que jamais. Comme l'a fait observer un responsable, "dans un monde interdépendant, les objectifs des autorités de la concurrence ne seront jamais atteints sans coopération, sous une forme ou sous une autre".¹

4. Depuis 1991 s'est développé à certains moments un ample débat au sujet de la "courtoisie active" en tant que forme de coopération à même d'améliorer l'efficacité et l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence dans un contexte international. Souvent, on a vu dans la courtoisie active une notion nouvelle énoncée pour la première fois dans l'accord de coopération de 1991 entre les Communautés européennes et les États-Unis ("l'accord de 1991 CE/EU" ou "l'accord de 1991"). Mais, bien que le terme "courtoisie active" semble avoir été forgé lors de la négociation de cet accord, l'idée de base est bien antérieure à 1991 et figurait depuis longtemps dans divers accords bilatéraux et une série de recommandations de l'OCDE. Cette expression a été utilisée -- sans être définie -- dans la recommandation de l'OCDE de 1999 sur la coopération contre les ententes injustifiables, qui invite instamment les pays Membres à rechercher les moyens d'améliorer leur coopération en appliquant les principes de la courtoisie active aux demandes visant à ce qu'un autre pays remédie aux pratiques anticoncurrentielles préjudiciables aux deux pays.

5. Par conséquent, la disposition concernant la courtoisie active de l'accord CE/États-Unis de 1991 reflétait une politique applicable à tous les pays Membres de l'OCDE depuis 1973. Pour paraphraser la partie I.B.5 de la recommandation de l'OCDE sur la coopération, cette politique est la suivante : un pays devrait considérer attentivement et avec bienveillance la demande d'un autre pays visant à ce qu'il engage ou élargisse une procédure d'application des réglementations dans des affaires de concurrence en vue de remédier à une pratique intervenant sur son territoire et portant gravement atteinte aux intérêts d'un autre

pays. En outre, le pays requis est instamment invité à prendre les mesures correctrices qui lui paraissent appropriées, sur une base volontaire et compte tenu de ses intérêts légitimes.

6. La "courtoisie active" n'a jamais été formellement définie, mais les responsables de la concurrence utilisent généralement cette expression pour désigner la forme de coopération encouragée dans la partie I.B.5 de la recommandation de l'OCDE sur la coopération. C'est dans cette acception qu'on emploiera l'expression "courtoisie active" dans le présent rapport. Le but de ce rapport n'est pas de définir formellement la courtoisie active ni de limiter en quoi que ce soit la possibilité pour un pays (a) de formuler des mesures subordonnant à certaines conditions ou limitant autrement les cas où il considérera attentivement et avec bienveillance les demandes d'exercice de la courtoisie active, ou (b) de définir de toute autre manière ses propres mesures en matière de courtoisie active.

7. Ce rapport sur la courtoisie active a un double objectif : contribuer au débat public à propos de cette notion et définir un cadre, reposant sur les recommandations applicables de l'OCDE, qui puisse être utilisé par les pays Membres de l'OCDE et d'autres pays pouvant envisager d'adopter ou d'élargir des dispositifs ou procédures de courtoisie active. Ce rapport se subdivise en deux parties. La partie I est consacrée au contexte et à un historique de la courtoisie active, aux liens entre la courtoisie active et la courtoisie passive et entre la courtoisie active et d'autres formes de coopération, à la façon dont la courtoisie active a évolué et est utilisée et à sa contribution potentielle sur deux plans : améliorer la mise en oeuvre des réglementations de la concurrence et éviter les conflits de compétence. La partie II est un résumé du rapport conçu dans un souci de commodité.

8. Quelques observations préalables s'imposent.

- L'analyse de la courtoisie active ayant parfois été obscurcie dans le passé par l'utilisation d'une terminologie incohérente, on distinguera soigneusement dans les deux parties de ce rapport entre la courtoisie active et d'autres formes de coopération. Ainsi la Recommandation de l'OCDE sur la coopération distingue-t-elle entre la demande visant à ce qu'un autre pays engage ou élargisse une procédure d'application des réglementations et la demande d'aide à une procédure d'application du pays requérant. La demande de la première catégorie, qui fait l'objet de la partie I.B.5 de la recommandation, est une demande d'exercice de la courtoisie active au sens du présent rapport, la demande de la deuxième catégorie, qui fait l'objet de la partie I.A.3 de la recommandation, étant considérée comme une demande d'aide à l'enquête. Le Comité souligne que ces distinctions qu'il a opérées entre la courtoisie active et d'autres formes de coopération ne traduisent pas un jugement de valeur. Ces distinctions obéissent uniquement au souci de favoriser une utilisation plus cohérente et, partant, un débat plus fructueux ; indiquer qu'une forme particulière de coopération ne relève pas de la courtoisie active ne veut pas dire qu'elle ne soit pas valable ou qu'elle soit moins valable.
- Afin d'éviter de limiter la notion de courtoisie active, on n'a pas pris en compte dans le présent rapport pour la description de cette notion deux limitations mineures figurant dans la recommandation de l'OCDE. La recommandation vise les pratiques anticoncurrentielles d'une « entreprise ». Il n'en a pas été tenu compte dans ce rapport. Les pays Membres sont libres d'adopter cette limitation ou toute autre limitation pour la formulation de leur propre politique. (Les pays Membres peuvent également, bien entendu, adopter une forme extensive de courtoisie active, notamment celle du Supplément de 1998 de l'accord de coopération de 1991 CE/États-Unis.) En outre, bien que la recommandation de l'OCDE s'adresse aux pays Membres et se réfère aux demandes d'un « pays », on ne distinguera pas dans le présent rapport entre les demandes d'un pays et celles de son autorité de la concurrence.

I. Analyse de la politique de courtoisie active et contexte historique, éléments fondamentaux, évolution et utilisation, avantages potentiels

A. *Limites de l'action unilatérale dans les affaires transnationales*

9. Il va de soi qu'une pratique anticoncurrentielle intervenant dans un pays peut nuire aux intérêts d'un autre pays. A cet égard, le Commissaire Karel Van Miert, de la Commission européenne, a fait observer que la Communauté :

“doit veiller à ce que (i) les pratiques anticoncurrentielles intervenant en dehors de la Communauté européenne ne détruisent pas des entreprises et la compétitivité dans la CE ou n'exploitent pas les consommateurs de la CE et (ii) que les pratiques anticoncurrentielles se produisant sur des marchés tiers n'empêchent pas les entreprises de la CE d'avoir accès à ces marchés.... La Commission n'hésitera pas user de ses prérogatives si nécessaire pour préserver une concurrence sans distorsions dans la CE et l'accès aux marchés tiers lorsqu'elle est saisie de dossiers fondés”.²

10. En revanche, les limites de la compétence pour l'application unilatérale de la réglementation de la concurrence restreignent la possibilité, pour une autorité de la concurrence, de faire cesser par elle-même ces pratiques anticoncurrentielles. Ces limites circonscrivent la possibilité d'exercer la compétence à l'égard de pratiques se produisant à l'étranger qui portent atteinte à des intérêts importants de la population du pays, d'enquêter sur ces pratiques sur le territoire d'autres pays, d'attaquer les pratiques en cause et de prendre des injonctions à leur encontre dans le cadre de procédures visant des personnes se trouvant dans d'autres pays.

11. Les positions divergentes des pays quant à ces limites ont parfois abouti à de graves différends sur le plan de la compétence. Cet historique est largement connu et traité dans des textes sur l'action antitrust internationale et d'autres publications³, et on soulignera également que les différends ont été relativement peu nombreux ces dernières années. Il peut être utile néanmoins de mentionner les trois domaines qui constituent les principales sources de différend :

- Les premiers conflits tenaient pour une large part à l'exercice, par les États-Unis, d'une compétence “extraterritoriale” à l'égard d'actes commis à l'étranger par des entreprises étrangères et préjudiciables aux consommateurs américains. A mesure que l'économie s'est mondialisée, les pays ont été de plus en plus nombreux à adopter des doctrines de ce type, dites « des effets », pour protéger leurs consommateurs, mais des différences subsistent sur ce plan entre certains pays.
- Les États-Unis considèrent qu'ils ont compétence à l'égard d'actes commis à l'étranger préjudiciables à leurs exportateurs, même en l'absence de préjudice pour leurs consommateurs. Aucune affaire américaine récente ne s'appuie uniquement sur ce chef de compétence⁴, mais le Japon et d'autres pays le jugent contestable. Comme l'a expliqué le Commissaire Van Miert, c'est principalement pour mettre fin au “déséquilibre” résultant de ce chef de compétence que les Communautés européennes ont négocié les dispositions en matière de courtoisie active du Supplément de 1998 à l'accord de 1991 entre les Communautés européennes et les États-Unis.⁵
- Depuis la fin de la guerre, on a pu non seulement constater des désaccords quant à la compétence des pays en matière d'enquête, mais aussi pour la recherche de preuves à l'étranger. Ces désaccords, qui peuvent intervenir et se produisent effectivement même

lorsque la compétence à l'égard des pratiques en cause n'est pas contestée, ont conduit certains pays à adopter des lois dites « de blocage ».⁶

12. Le Comité a toujours considéré que la coopération entre les pays pourrait améliorer l'efficacité d'ensemble de la mise en œuvre des réglementations de la concurrence et également atténuer les conflits de compétence. De fait, ces deux objectifs sont indissociables, parce que les dissensions qui résultent des conflits de compétence peuvent fortement entraver le type de coopération de nature à éviter ces conflits et à rendre plus efficace la mise en œuvre des réglementations. A titre d'exemple, un responsable a fait observer que, même si les conflits de compétence ont été rares dans la réalité, les divergences dans l'exercice de la compétence entre le Royaume-Uni et les États-Unis ont sensiblement limité la coopération entre les autorités de la concurrence de ces pays.⁷

13. Le but à se fixer et la difficulté à surmonter sont parfaitement clairs : rechercher des mécanismes de coopération suffisamment efficaces pour éliminer les pratiques anticoncurrentielles afin d'atténuer les pressions qui vont dans le sens de mesures unilatérales minant par elles-mêmes la coopération.

B. Comment limiter l'action unilatérale par la coopération

14. La coopération peut en principe limiter l'action unilatérale. De fait, la coopération entre les autorités de la concurrence a accru l'efficacité de la mise en œuvre des réglementations et diminué les conflits de compétence. Un pays où se produit une pratique anticoncurrentielle (le "pays requis") peut aider de deux manières un pays qui se juge lésé (le "pays requérant") : le pays requis peut (a) fournir au pays requérant une aide à l'enquête, ou (b) engager ou élargir une procédure de mise en œuvre de ses réglementations compte tenu des intérêts du pays requérant. Comme on le verra ci-après, l'OCDE préconise depuis longtemps ces deux formes de coopération.

15. Ces deux formes de coopération visent le plus souvent des situations différentes. Lorsque le pays requérant est incontestablement compétent à l'égard de la pratique en cause, les deux types de coopération sont possibles, même si l'aide à l'enquête paraît préférable et est certainement plus courante. Lorsque le pays requis conteste la compétence du pays requérant à l'égard de la pratique en cause, on peut penser que le pays requis refusera en principe de fournir une aide à l'enquête, mais il sera peut-être prêt à mener sa propre enquête. Par conséquent, la mise en œuvre de procédures d'application des lois par le pays requis est dans certains cas la seule forme de coopération bilatérale pouvant à la fois améliorer l'exécution des réglementations et éviter les différends.

16. Tout en exhortant à coopérer les pays saisis d'une demande d'aide, l'OCDE a encouragé les pays prenant des mesures d'application de leurs réglementations à examiner comment ils pourraient procéder pour éviter ou minimiser tout préjudice pour les autres pays. Ce principe était au départ désigné simplement par le terme de « courtoisie », qu'on utilise parfois pour viser une doctrine juridique, mais qui, dans ce contexte, se réfère à un principe d'abstention volontaire. Ce principe complète le principe de coopération volontaire également préconisé de longue date par l'OCDE, selon lequel un pays requis doit envisager d'agir pour mettre fin à une pratique anticoncurrentielle qui se produit sur son territoire et qui a des effets extraterritoriaux préjudiciables. Lorsque ce principe de coopération entre les autorités de la concurrence a été très souvent qualifié, après 1991, de "courtoisie active", son corollaire, le principe d'abstention, a été dénommé courtoisie "passive".

17. C'est peut-être parce les recommandations de l'OCDE ont toutes énoncé le principe de courtoisie active au milieu d'une section intitulée "Consultation et conciliation"⁸ que ce principe est mal connu ou mal compris. On affirme parfois, par exemple, que les dispositions relatives à la courtoisie active de l'accord CE/EU de 1991 étaient les premières ou les plus strictes, alors qu'en fait la recommandation de

l'OCDE de 1973 encourageait déjà la courtoisie active en des termes aussi vigoureux que l'accord de 1991.⁹

C. *Nature de la courtoisie active*

18. Dans le contexte des recommandations de l'OCDE en matière de coopération, la notion de "courtoisie" désigne un principe d'application volontaire demandant à un pays de prendre en considération attentivement et avec bienveillance les intérêts importants des autres pays lorsqu'il prend des décisions concernant la mise en œuvre de sa propre réglementation de la concurrence. Il s'agit d'un principe intrinsèquement volontaire, qui n'implique pas que les intérêts d'un autre pays se voient accorder un poids particulier, mais seulement que ces intérêts soient pris en compte. Comme il est indiqué dans la recommandation de 1995 concernant la coopération entre pays Membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux [C(95)130], la courtoisie passive implique qu'un pays examine comment il pourrait empêcher que les mesures d'application des ses réglementations portent atteinte aux intérêts importants d'un autre pays¹⁰. Dans le même contexte, la courtoisie active suppose qu'un pays examine la demande qui lui est adressée par un autre pays en vue d'engager ou d'élargir une procédure d'application de ses réglementations afin de remédier à une pratique qui porte gravement préjudice à ses intérêts¹¹.

Définitions

19. Cet usage de l'expression "courtoisie active" prévaut généralement¹², mais l'analyse de la courtoisie active a pu parfois être obscurcie par une acception qui ne vise pas la prise en compte bienveillante d'une demande de mesures correctrices formulée par un autre pays, mais toute forme de coopération "active" (c'est-à-dire bénéfique)¹³. Cette dernière acception masque la distinction entre les deux principales formes de coopération pour l'application des réglementations – l'aide à l'enquête et la mise en œuvre de procédures d'application des réglementations – ce qui conduit à diverses affirmations incorrectes ou trompeuses. Ainsi a-t-on prétendu que les accords de l'OMC contiennent des dispositions en matière de courtoisie active, mais les dispositions citées prévoient une aide à l'enquête et n'ont rien à voir avec la courtoisie active au sens qui lui est généralement donné dans le présent rapport¹⁴. En amalgamant deux formes de coopération qui sont distinctes du point de vue historique, analytique et fonctionnel, cette terminologie élimine la complémentarité entre la courtoisie active et la courtoisie passive et masque la relation entre la courtoisie active et la prévention des conflits en matière d'extraterritorialité.

20. L'utilisation de l'expression "courtoisie active informelle" peut aussi refléter ou créer une confusion¹⁵. On peut utiliser cette expression à propos de mécanismes informels de formulation et de prise en compte des demandes d'exercice de la courtoisie active, mais elle est inexacte et prête à confusion lorsqu'on l'utilise à propos de formes de coopération n'ayant donné lieu à aucune demande explicite ou implicite de mesures correctrices. Supposons, par exemple, qu'un pays A considère que ses consommateurs ont été lésés par une pratique qui s'est produite dans le pays B. A supposer que le pays A ait demandé des mesures d'application des réglementations et ait accepté de suspendre son action si le pays B fait droit à sa demande, la prise en considération de la demande par le pays B constitue un cas de courtoisie active et son abstention fera partie intégrante d'un accord d'exercice de la courtoisie active. Supposons, en revanche, que le pays A n'ait pas formulé de demande, parce que le pays B a notoirement engagé des poursuites contre la pratique litigieuse. Dans ce cas d'absence de demande, il est inexact et trompeur de qualifier l'abstention du pays A de courtoisie active "informelle" (ou d'y voir une quelconque autre forme de courtoisie active).¹⁶ Si l'inaction du pays B représente l'exercice d'une marge de discrétion en matière de poursuites, en fonction de ses propres intérêts, elle ne fait intervenir aucune forme de courtoisie active. Si,

en revanche, cette inaction repose en partie sur la volonté de ne pas mener une enquête à laquelle le pays B pourrait faire objection, elle constitue une forme de courtoisie passive.

21. Parfois, on utilise également l'expression "courtoisie active informelle" lorsqu'on fait savoir "informellement" qu'il serait souhaitable qu'un autre pays "s'intéresse" à certaines pratiques et aux activités de certaines entreprises. Qu'il s'agisse de suggestions, de mises en garde ou "d'informations", tout ce qui tend à informer un pays d'une pratique censée être illicite se produisant sur son territoire ne relève pas de la courtoisie active, parce qu'il n'y a pas demande de mesures d'application des lois.¹⁷

Rapports entre la courtoisie active et l'aide à l'enquête

22. La courtoisie active et l'aide à l'enquête sont deux formes différentes de coopération pour l'application des lois et elles sont régies par des sections différentes de la recommandation de 1995, mais certaines mesures de coopération ne relèvent pas nettement ou toujours d'une des deux catégories. Dans la pratique, la coopération peut parfois relever au départ d'une catégorie et en changer par la suite, en fonction de la découverte de nouveaux faits ou d'autres considérations ; il peut arriver aussi que la coopération n'entre réellement dans aucune catégorie.¹⁸ Une procédure d'enquête efficace et efficiente peut souvent aller au-delà d'un modèle disjonctif et exiger un éventail plus large d'activités de coopération, les deux pays entreprenant des enquêtes à un moment ou à des moments donnés.

23. Par exemple, au début de l'enquête, les informations disponibles peuvent laisser penser que les deux pays doivent enquêter. Après que ces deux enquêtes (coordonnées) ont commencé d'établir certains faits, il apparaîtra peut-être que la pratique anticoncurrentielle en question se produit principalement dans un seul pays et affecte surtout ce pays et, en fait, les deux pays pourront convenir que c'est ce dernier qui devra prendre les choses en main. Cette répartition des tâches est littéralement de la courtoisie active si elle résulte d'une demande, mais elle pourrait aussi être un simple élément de la coordination (ou être perçue comme telle). Après cette répartition des tâches, le pays requis pourra, à un certain moment, demander au pays requérant une aide à l'enquête. (Comme on ne verra plus loin, la courtoisie active rend souvent moins important -- sans toutefois l'éliminer -- l'échange de renseignements confidentiels et d'autres informations relatives à l'enquête.) Plus tard, l'enquête peut permettre de réunir des éléments de preuve qui conduiront les parties à convenir que le pays requérant doit rouvrir ou réactiver son enquête. Enfin, lorsque l'enquête est terminée, on s'attendrait normalement à ce que le pays requis agisse seul pour corriger la pratique en question, mais dans certains cas les pays peuvent décider d'appliquer l'une et l'autre des mesures correctrices.

24. Par conséquent, lorsqu'on examine la nature de la courtoisie active en liaison avec l'aide à l'enquête, il est utile d'employer le terme "coordination" dans un sens flexible, en visant à la fois la coordination formelle de deux enquêtes actives et la coordination informelle des attitudes de deux pays face à une affaire donnée.¹⁹ Dans cette optique, nous pouvons considérer la courtoisie active et l'aide à l'enquête comme des formes de coopération distinctes, mais pouvant se chevaucher dans certains cas.

Autres formes de coopération

25. Un autre exemple -- le cas de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande -- illustre aussi le risque de catégorisations trop strictes. A tous égards, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont des relations très étroites en matière de politique de la concurrence. Dans le domaine où ces relations sont les plus étroites -- l'abus de position dominante -- l'Australie et la Nouvelle-Zélande ne recourent ni à la courtoisie active, ni à l'aide à l'enquête face à une pratique se produisant dans un pays et portant préjudice à l'autre pays. En fait, chaque pays a étendu l'interdiction d'abus de pouvoir de marché au territoire de l'autre. De plus, les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence et même les tribunaux peuvent opérer sur le

territoire des deux pays²⁰. Ce mécanisme -- sorte d'octroi réciproque de compétences extraterritoriales -- va bien au-delà de ce qui est possible dans la plupart des autres pays et il rappelle que la courtoisie active et l'aide à l'enquête ne sont pas les seules formes possibles de coopération pour la mise en œuvre des réglementations.

D. Evolution des principes de courtoisie active

26. Comme on le verra ci-après, le principe de courtoisie active est énoncé depuis 1973 dans les recommandations de l'OCDE, textes à caractère non contraignant. Des dispositions en matière de courtoisie active figurent également dans des accords de coopération à caractère contraignant ou non contraignant conclus entre certains pays Membres de l'OCDE. Les accords de coopération à caractère impératif qui contiennent des dispositions en matière de courtoisie active peuvent obliger les pays à prendre en considération avec bienveillance les demandes de l'autre partie, mais les pays restent libres de prendre les décisions d'application de leurs réglementations qui leur paraissent appropriées.

Activités antérieures à la création l'OCDE

27. Le XXème siècle a été marqué par de nombreuses tentatives de coopération pour la lutte contre les ententes et autres pratiques anticoncurrentielles ayant des effets internationaux. Comme le Comité l'a indiqué dès le début du processus qui a abouti à la recommandation de 1967, les travaux ont commencé en 1927 au sein de la Commission chargée de la préparation de la Conférence économique mondiale, créée sous les auspices de la Société des Nations. Cette commission a conclu que des règles internationales concernant les ententes n'étaient pas réalisables dans la pratique en raison de différences entre les politiques nationales, mais elle a encouragé la coopération pour la surveillance de ces pratiques²¹. On sait que la Charte de la Havane de 1948 contenait une disposition selon laquelle chaque pays devait prendre toutes les mesures possibles, conformément à sa constitution ou à sa législation et à son organisation économique, pour que les entreprises commerciales privées et publiques ne se livrent pas à des pratiques interdites²². Il ne s'agissait pas de courtoisie active, car on ne visait pas la prise en compte de demandes d'action dans des situations particulières, mais c'est peut-être le tout premier appel multilatéral à la mise en œuvre du droit de la concurrence.

28. Comme la Charte de La Havane, la plupart des autres travaux réalisés par des organisations internationales durant cette période n'ont pas abouti²³, mais des dispositions relatives à la courtoisie active ont été adoptées dans un certain nombre de conventions bilatérales contemporaines. Par exemple, l'article XVIII de la Convention d'amitié, de commerce et de navigation de 1954 conclue entre l'Allemagne et les États-Unis prévoit ce qui suit :

Les deux Parties conviennent que les pratiques commerciales qui restreignent la concurrence, limitent l'accès aux marchés ou favorisent un contrôle monopolistique et qui sont appliquées ou renforcées par une ou plusieurs entreprises commerciales privées ou publiques ou par une association, un accord ou un autre arrangement conclu entre ces entreprises, peuvent avoir des effets défavorables sur le commerce qui s'effectue entre leurs territoires respectifs. En conséquence, chaque gouvernement accepte, à la demande de l'autre gouvernement, de participer à des consultations au sujet de ces pratiques et de prendre les mesures, conformes à sa législation, qu'il juge appropriées afin d'éliminer ces effets préjudiciables²⁴.

29. Cette disposition est de très large portée, et il semble qu'il existe des dispositions analogues dans les conventions conclues entre les États-Unis et le Danemark, la France, la Grèce, l'Italie et le Japon²⁵. Toutefois, en 1968, un responsable allemand pour les questions de concurrence a indiqué que cet article avait eu peu d'effet dans la pratique, ajoutant qu'il n'y avait pas eu d'affaire permettant de déterminer si la

convention permettait à l'Office des cartels de s'attaquer à un cartel d'exportation allemand au motif qu'il irait à l'encontre du commerce de biens et de services commerciaux accepté par la République fédérale d'Allemagne dans les conventions internationales²⁶. Il ne semble pas que l'Allemagne ou toute autre partie à ces conventions ait jamais agi à ce titre contre une entente à l'exportation ou utilisé véritablement ces premiers accords en matière de courtoisie active. En outre, bien que le traité portant création de l'Union économique Benelux comporte une certaine forme de courtoisie active²⁷, cette disposition n'a apparemment pas été utilisée, ou très peu.

30. Au niveau mondial, une résolution de 1960 d'un Groupe d'experts du GATT contenait la première recommandation faite dans un large instrument multilatéral général concernant ce que nous appellerions aujourd'hui la courtoisie active. Cette résolution, invoquée pour la première fois dans l'affaire Kodak/Fuji, recommandait que chaque pays "prête une bienveillante attention aux consultations demandées, et s'il convient qu'il existe des effets préjudiciables, qu'il prenne les mesures qu'il juge appropriées pour éliminer ces effets"²⁸. Apparemment, cette résolution a été invoquée pour la première fois dans l'affaire Kodak/Fuji.

La recommandation de l'OCDE de 1967

31. L'avant-projet de ce qui allait devenir la recommandation de 1967 indiquait, pour commencer, que les lois et dispositions des pays Membres, pour diverses raisons, ne sont souvent pas applicables efficacement aux pratiques commerciales restrictives dans les échanges internationaux. Il prévoyait une procédure de notification et de consultation au sujet des enquêtes concernant des entreprises situées dans un autre pays, une coordination lorsque plusieurs pays enquêtent sur la même pratique, l'échange des informations que leurs lois et leurs intérêts leur permettent de divulguer et l'adoption de dispositions législatives ou autres autorisant une coopération et un échange d'informations plus poussés²⁹. Ce texte a été approuvé sur le principe, mais l'obligation de consultation et l'appel à un plus large échange d'informations ont été supprimés pour des raisons qu'on ne peut aujourd'hui élucider³⁰. Le projet ultérieur a introduit un texte concernant la courtoisie active :

"Si un pays Membre informe un autre pays Membre que des entreprises situées sur le territoire de cet autre pays Membre se livrent à des pratiques commerciales restrictives privées portant préjudice aux intérêts du premier pays Membre, le pays Membre sur le territoire duquel se trouvent les entreprises en question devrait examiner la question avec attention en entrant en consultation, lorsqu'il le juge opportun, avec le premier pays Membre et, lorsque cela se révèle compatible avec les intérêts du dernier pays Membre, traiter cette pratique restrictive par les moyens dont il dispose"³¹.

32. Le texte final de la recommandation ne comportait plus les dispositions relatives à la courtoisie active et utilisait un nouveau libellé dans la disposition concernant la notification, indiquant que la notification préalable permettrait au pays requérant de "tenir compte de... l'action destinée à remédier à la situation que cet autre pays Membre peut estimer possible d'entreprendre pour traiter cette pratique restrictive dans le cadre de ses propres lois"³². La recommandation de 1967 marquait ainsi un petit pas dans la direction de la courtoisie passive (en prévoyant une notification, mais en n'accordant pas au pays requis un droit de consultation) et entrouvrait la voie à la courtoisie active. Un ajout tardif au préambule de la recommandation reconnaissait que "l'application unilatérale de la législation nationale à des cas impliquant des opérations commerciales dans d'autres pays soulève des questions relatives aux zones respectives de souveraineté des pays intéressés."³³

Les recommandations de 1973 et 1979

33. La première disposition en matière de courtoisie active prévue par un instrument de l'OCDE apparaît dans la recommandation de 1973 concernant une procédure de consultation et de conciliation en matière de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux [C(73)99(Final)]. Les recommandations de 1967 et 1973 ont été ensuite fusionnées dans la recommandation de 1979 concernant la coopération entre pays Membres en matière de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux [C(79) 154(Final)]. La recommandation de 1979 a renforcé la disposition relative à la courtoisie passive et repris la stricte disposition relative à la courtoisie active de la recommandation de 1973³⁴. La disposition concernant la courtoisie active commence par réaffirmer qu'un pays requérant "peut demander une consultation" avec un pays requis, qui "devrait considérer attentivement les vues et les faits". Elle recommande ensuite que :

"Le pays Membre consulté qui reconnaît que des entreprises situées sur son territoire se livrent à des pratiques commerciales restrictives préjudiciables aux intérêts du pays demandeur s'efforce d'obtenir que ces entreprises prennent des mesures correctives ou prenne lui-même toute mesure corrective qui lui paraît appropriée, y compris des mesures aux termes de sa législation sur les pratiques commerciales restrictives ou des mesures administratives, sur une base volontaire et en tenant compte de ses intérêts légitimes"³⁵.

Les recommandations de 1986 et 1995

34. La disposition relative à la courtoisie active n'a pas été modifiée depuis la recommandation de 1979. La recommandation de 1986 concernant la coopération entre pays Membres en matière de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux [C(86)44(Final)] a ajouté, en appendice, un ensemble de "Principes directeurs", dont l'un stipule que "lorsqu'il y a lieu, le pays Membre qui a reçu une notification devrait envisager de prendre des mesures réparatrices en application de sa propre législation pour donner suite à cette notification"³⁶.

35. La recommandation de 1995 concernant la coopération entre pays Membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux [C(95)130] n'a pas modifié sur le fond la recommandation même, et les modifications apportées à l'appendice ne concernent pas la courtoisie active. Contrairement aux affirmations de divers observateurs, il ne paraît pas y avoir d'autre énonciation de la courtoisie active par une institution multilatérale³⁷.

E. Accords récents et récemment proposés concernant la courtoisie active

L'accord CE/EU de 1991

36. L'expression "courtoisie active" n'est pas utilisée dans l'accord CE/EU de 1991, mais il est question de la courtoisie active à l'article V, qui prévoit que "si l'une des Parties estime que des actes anticoncurrentiels commis sur le territoire de l'autre affectent ses intérêts importants", la première peut demander à la seconde de prendre "les mesures d'application appropriées." Le pays requis doit "considérer" la question et informer le pays requérant de sa décision concernant une éventuelle enquête. Le recours à cette procédure n'empêche pas le pays requérant de prendre ses propres mesures d'application.

37. Malgré les affirmations contraires de nombreux commentateurs³⁸, l'accord CE/EU de 1991 n'a rien apporté de véritablement nouveau dans le domaine de la courtoisie active. Cet accord a été, toutefois, le premier accord bilatéral contemporain -- et le premier accord concernant exclusivement le droit de la concurrence -- à contenir la notion de courtoisie active. De plus, en 1991, on s'intéressait beaucoup aux

rapports entre le droit de la concurrence et les questions d'“accès au marché”, et l'on avait aussi l'impression que l'accord reflétait un réel engagement de la part des deux principales autorités chargées de la concurrence d'établir un niveau novateur de coopération³⁹. Pour ces raisons, et à la faveur d'une nouvelle dénomination, l'article de l'accord de 1991 relatif à la courtoisie active a énormément retenu l'attention.

L'accord Canada/États-Unis de 1995

38. L'article relatif à la courtoisie active de l'accord de coopération Canada/États-Unis de 1995 est pratiquement identique à celui de l'accord CE/EU de 1991. Il ajoute cependant que le pays requis doit considérer “soigneusement” la demande qui lui est faite de prendre des mesures d'application. Un “texte de référence” publié lorsque l'accord a été annoncé explique qu'en encourageant l'application du droit de la concurrence par la partie sur le territoire de laquelle la pratique est effectivement observée, la courtoisie active accroît l'efficacité des mesures d'application tout en réduisant à un minimum les frictions liées à l'application “extraterritoriale”.

Les propositions de 1996 de la CE concernant les règles de concurrence à l'OMC

39. Une variante de la courtoisie active figure dans les propositions de règles contraignantes en matière de concurrence à l'OMC présentées initialement par la CE. Demandant au Conseil l'autorisation de proposer que l'OMC établisse de telles règles, la Commission européenne a proposé un système dans lequel les pays seraient tenus d'adopter une législation contenant des règles “minimales” déterminées collectivement et d'appliquer ces règles conformément aux règles de courtoisie active couramment fixées et appliquées⁴⁰. En vertu de la proposition de la CE, une partie recevant une demande d'exercice de la courtoisie active serait obligée :

- d'enquêter et de faire savoir dans un délai déterminé si elle prend ou ne prend pas des mesures d'application ; et
- de justifier une décision de rejet de la demande par des arguments motivés, étayés par les données disponibles et sujets à révision pour diverses raisons, notamment en cas d'“erreur manifeste d'évaluation des faits” et d'“abus de pouvoir”; le manque de ressources ne serait apparemment pas une raison valable pour refuser une demande d'exercice de la courtoisie active⁴¹.

La CE a récemment révisé sa proposition⁴². Étant donné son manque d'expérience en matière de courtoisie active, en tant que principe d'action volontaire, la CE a conclu qu'elle ne proposerait plus de règles contraignantes de courtoisie active.

Le Supplément de 1998 à l'accord CE/EU

40. Le Supplément à l'accord CE/EU contient beaucoup d'éléments nouveaux et importants. Essentiellement, il énonce les principes de mise en œuvre de l'accord de 1991 dans des cas particuliers. Le Supplément ne s'applique pas aux fusions, mais les dispositions plus générales de l'accord de 1991 relatives à la courtoisie active demeurent en vigueur et autoriseraient en théorie une demande de courtoisie active dans une affaire de fusion⁴³.

41. L'article III du Supplément prévoit que l'une des parties peut demander à l'autre “d'enquêter sur des activités anticoncurrentielles et, au besoin, d'y porter remède” et l'article IV(1) dispose que les parties “peuvent convenir” que le pays requérant ajournera ou suspendra son action pendant que les mesures d'application arrêtées par la partie requise sont en cours. Ces dispositions s'appliquent à toutes les violations alléguées du droit de la concurrence autres que celles concernant des fusions, mais l'élément

central du Supplément -- la présomption d'ajournement ou de suspension prévue dans certains cas à l'article IV(2) -- a un champ d'application plus restreint. Cette présomption ne s'applique que si les violations alléguées (1) portent préjudice aux exportateurs du pays requérant mais non à ses consommateurs, ou (2) se produisent principalement sur le territoire du pays requis ou visent principalement ce pays. En d'autres termes, la présomption d'ajournement ou de suspension ne s'applique pas aux ententes à l'exportation ou aux cas dans lesquels la pratique en cause ne se produit pas principalement dans le pays requis et ne vise pas principalement ce pays⁴⁴.

42. En ce qui concerne les deux catégories de cas qui sont couverts par la présomption, deux conditions supplémentaires doivent être remplies pour que la présomption s'applique effectivement en l'espèce. Premièrement, il doit apparaître que le pays requis peut mener une enquête complète -- et la mènera probablement -- et, le cas échéant, prendre une mesure correctrice. Deuxièmement, le pays requis s'engage à mobiliser des ressources suffisantes, à s'efforcer d'exploiter toutes les sources d'information auxquelles il est raisonnablement possible de recourir et de terminer l'enquête dans un délai de six mois (ou tout autre délai convenu entre les parties), et également à tenir informé le pays requérant des résultats de l'enquête. Le pays requérant peut ajourner ou suspendre ses mesures d'application même si toutes ces conditions ne sont pas réunies.

43. Le Supplément reconnaît aussi que, même si toutes les conditions d'ajournement ou de suspension sont réunies, "il peut être opportun de prendre des mesures d'application séparées lorsque des activités anticoncurrentielles affectant les deux territoires justifient l'imposition de sanctions dans les deux juridictions". On notera que, même si les deux parties veulent appliquer des mesures correctrices, par exemple en cas d'entente injustifiable, la courtoisie active peut quand même être utile pour partager la responsabilité de l'enquête. Dans ce cas, les parties pourraient s'entendre pour que le pays requis procède à l'enquête et que, si celle-ci fait apparaître des preuves suffisantes de violation du droit de la concurrence, le pays requérant réactive ses mesures d'application afin de mettre en œuvre ses propres mesures correctrices.

44. Le mécanisme de présomption du Supplément à l'accord CE/EU marque une grande avancée sur le fond. Les autorités de la concurrence d'un grand nombre de pays Membres de l'OCDE ne peuvent pas s'appuyer sur l'expérience et la confiance mutuelle qui sont nécessaires pour développer de cette manière la courtoisie active. Néanmoins, ce mécanisme de présomption est important parce qu'il rend opérationnel un principe ancien bien respecté, mais flou, à même de créer un système opérationnel et de donner une impulsion qui pourrait permettre d'expérimenter la courtoisie active pour accroître l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence et éviter les conflits de compétence. Sur ce dernier point, l'importance du Supplément va au-delà de ses dispositions de fond en soulignant le message de l'accord de 1991, à savoir que les parties ont l'intention d'exploiter pleinement les possibilités que leur offrent la courtoisie active et d'autres formes de coopération⁴⁵.

Projet d'accord de 1999 Canada/CE

45. Le Canada et la CE ont négocié un accord de coopération qui devrait être signé d'ici à la fin de 1999. Les dispositions de cet accord relatives à la courtoisie active sont très similaires à celles qui figurent dans les accords Canada/États-Unis et CE/États-Unis.

F. Exemples de courtoisie active et d'autres formes de coordination des mesures d'application

46. Les dispositions en matière de courtoisie active de la recommandation de l'OCDE ne semblent guère avoir été utilisées et, jusqu'à une époque très récente, celles de l'accord CE/EU de 1991 n'avaient jamais été formellement invoquées. Jusqu'en 1995, le fait que l'accord de 1991 n'ait pas été officiellement invoqué tient apparemment à la prudence des parties en raison de la gageure juridique que l'accord

représentait. Quoi qu'il en soit, les dispositions de l'accord de 1991 relatives à la courtoisie active "ont pu être une source d'inspiration dans la coopération quotidienne" et cette coopération a peut-être été si bonne "qu'il n'était pas normalement nécessaire de mettre en œuvre formellement les procédures de courtoisie (active ou passive)"⁴⁶. Les dispositions de l'OCDE concernant la courtoisie active ou encourageant d'autres formes de coopération ont sans doute eu des effets bénéfiques similaires.

47. Un exemple récent montre que ce n'est pas parce qu'elle est rarement invoquée formellement que la courtoisie active n'est pas efficace. L'affaire concernait A. C. Neilsen, une grande entreprise américaine que les États-Unis avaient soumise à une enquête afin de déterminer si elle étendait son pouvoir de marché sur de nouveaux marchés en offrant des conditions plus avantageuses aux entreprises qui acceptaient de recourir à ses services sur des marchés où elle avait des concurrents. Les pratiques de passation des marchés se déroulaient principalement hors des États-Unis, mais elles pouvaient nuire aux exportations des concurrents de Neilsen aux États-Unis. Étant donné que ces pratiques s'observaient principalement en Europe et touchaient directement les consommateurs européens, il a été décidé que la CE prendrait l'initiative. Les États-Unis ont arrêté leur enquête après que Neilsen eut pris des engagements formels avec la CE⁴⁷. Il semble évident qu'un résultat intéressant a été obtenu dans cette affaire, même s'il n'y a pas eu besoin d'une demande officielle de courtoisie active. La possibilité de recourir à la courtoisie active (et à d'autres formes de coopération) a sans doute contribué en soi à ce bon résultat.

48. La seule invocation formelle de la disposition relative à la courtoisie active a été une demande adressée par les États-Unis à la CE afin que cette dernière enquête sur des activités concernant le système de réservation informatisé mis en place par Amadeus, entreprise dont les principaux actionnaires sont trois compagnies aériennes européennes. Il s'agissait de déterminer si les compagnies aériennes se livraient à des pratiques anticoncurrentielles afin d'empêcher les systèmes de réservation informatisés des États-Unis de leur faire concurrence dans plusieurs pays européens. L'enquête de la CE est en cours⁴⁸.

49. D'autres affaires mettant en jeu la courtoisie active ont été portées à la connaissance du public. Par exemple, après que des responsables du commerce des États-Unis se furent plaints de ce que les producteurs américains de soude se heurtaient à des obstacles à l'entrée au Japon, la Fair Trade Commission japonaise a mené une enquête et conclu qu'une action concertée illégale des producteurs japonais restreignait les importations au Japon. L'efficacité de la mesure prise en conséquence pour faire cesser cette pratique a été mise en doute par les producteurs américains, mais on peut considérer qu'il s'agit d'un exemple important de courtoisie active.

G. *Limites de la courtoisie active*

50. On peut distinguer deux types différents de limitation de l'utilité de la courtoisie active. Premièrement, comme elle vise d'éventuelles mesures d'application de la part du pays requis, la courtoisie active s'applique seulement aux pratiques qui sont illégales dans ce pays. Deuxièmement, en ce qui concerne ces pratiques, le potentiel de la courtoisie active est limité par (1) les interdictions faites aux autorités de la concurrence d'échanger les renseignements obtenus dans le cadre des enquêtes, (2) la nécessité pour le pays requérant d'être assuré que l'autorité de la concurrence du pays requis dispose des instruments juridiques, des ressources et de l'indépendance nécessaires pour faire cesser les pratiques qu'elle constate, et (3) le fait que le pays requis doit accepter de mener une enquête.

Illégalité dans le pays requis

51. Étant donné que, par essence, une demande d'exercice de la courtoisie active vise à l'adoption ou l'extension de mesures d'application par le pays requis, cette forme de coopération est inapplicable en cas de pratiques qui ne sont pas contraires aux lois du pays requis. La principale catégorie de pratiques

anticoncurrentielles à être ainsi exclue du champ d'application de la courtoisie active est celle des ententes à l'exportation, qui, souvent ne sont pas illégales dans le pays d'origine. Comme on l'a vu un responsable allemand chargé de la mise en œuvre du droit de la concurrence notait en 1968 que la convention de 1954 entre l'Allemagne et les États-Unis permettait à l'Office des cartels de contester la légalité d'une entente à l'exportation allemande, mais ni l'Allemagne ni d'autres pays n'ont utilisé cette possibilité.

Interdiction d'échanger les renseignements obtenus dans le cadre des enquêtes

52. Lorsqu'un pays requis accepte une demande d'exercice de la courtoisie active, c'est l'autorité de la concurrence à laquelle la plupart des faits sont le plus accessibles qui mènera l'enquête. Par conséquent, sauf lorsque le pays requérant ne suspend pas ou n'ajourne pas sa propre enquête, la courtoisie active devrait souvent avoir l'avantage de rendre moins nécessaire l'échange de renseignements confidentiels et d'autres informations. Mais, même dans ce cas, la courtoisie active n'élimine pas les difficultés dues aux lois qui interdisent de transmettre à des autorités étrangères de la concurrence des renseignements recueillis dans le cadre d'une enquête. Ces interdictions -- "probablement l'obstacle le plus important" à la coopération⁴⁹ -- peuvent empêcher l'autorité de la concurrence du pays requis d'obtenir les informations dont elle a besoin du pays requérant ou d'un autre pays. Il est, de fait, paradoxal qu'à de rares exceptions près l'autorité de la concurrence d'un pays A ne soit pas autorisée à échanger des renseignements relatifs à une enquête avec l'autorité de la concurrence d'un pays B même si le pays B mène une enquête demandée par le pays A.

Confiance entre les autorités de la concurrence

53. Un pays pourra demander dans certains cas à un autre pays d'enquêter sur une affaire même s'il doute de la capacité du pays requis de remédier à la situation ; mais si le pays requérant n'a pas confiance en permanence dans les instruments juridiques, dans l'engagement et dans l'indépendance du pays requis, il est probable qu'il n'ajournera ou ne suspendra pas sa propre enquête. En l'absence d'ajournement ou de suspension, on ne pourra pas pleinement exploiter certains des avantages potentiels de la courtoisie active.

Caractère volontaire de la courtoisie active

54. Le caractère volontaire de la courtoisie active constitue à certains égards une limitation, mais aussi un avantage. Par exemple, la communication de la CE au Conseil demandant l'approbation du Supplément à l'accord CE/EU présente la nature volontaire de la courtoisie active comme un avantage, car elle permet d'assurer qu'il n'y ait pas de risque qu'un pays requis soit obligé d'enquêter sur une affaire quand il n'y a pas intérêt⁵⁰. Autrement dit, cette limitation est un avantage au moins pour les pays requis, en garantissant qu'ils conserveront la maîtrise de leur programme d'action. Mais, malgré le caractère volontaire de la courtoisie active, certains craignent que, du fait des pressions exercées pour accepter les demandes, les autorités de la concurrence aient plus de difficultés à respecter leur programme d'action.

55. Bien sûr, le caractère volontaire de la courtoisie active est une limitation en ce sens que les pays requis ne peuvent être contraints d'enquêter sur une pratique et d'y remédier lorsqu'ils considèrent qu'elle n'existe pas ou qu'ils la jugent bénéfique, sans gravité ou peu importante⁵¹. Même si l'on peut y voir un inconvénient, celui-ci n'est sans doute pas majeur. Il est "un fait que les pays ne prennent généralement pas de mesures contre une pratique anticoncurrentielle qui ne touche que d'autres pays"⁵², mais les actions contre ce type de pratiques sont exclues du champ de la courtoisie active, puisque la pratique doit obligatoirement être contraire à la législation du pays requis. Dans le cas d'une pratique qui est illicite dans le pays requis, comme l'indique la communication de la CE au Conseil, il est "très souvent dans l'intérêt du

pays requis de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles observées sur son territoire et il peut être extrêmement avantageux que ces pratiques soient portées à son attention⁵³.

56. Il est certes difficile d'évaluer l'importance de cette limitation tenant au caractère volontaire de la courtoisie active, mais on a manifestement exagéré parfois cette importance. Commentant le Supplément à l'accord CE/EU, la Chambre de Commerce Internationale estime que la latitude, pour le pays requérant, de ne pas ajourner ou suspendre son enquête est une réelle faiblesse et que rien n'incite véritablement une partie à utiliser la procédure de courtoisie active au lieu et place – et non en complément – de l'exercice extraterritorial de sa compétence⁵⁴. Cette affirmation est une mauvaise interprétation du texte du Supplément, qui indique clairement que la réouverture d'enquêtes ajournées ou suspendues "devrait être une exception"⁵⁵. En outre, c'est méconnaître la nature de la coopération volontaire qui existe de longue date entre les pays, en ne tenant pas compte de ce que la nature réciproque de ces accords fait qu'ils ont tendance à être directement applicables. L'absence d'obligations contractuelles ne signifie pas l'absence de "pressions" lorsqu'il existe une confiance mutuelle et que les deux parties reconnaissent l'importance de la coopération⁵⁶.

Non-invocation de la courtoisie dans le passé

57. Une autre question à examiner, lorsqu'on évalue le potentiel de la courtoisie active, réside en ce que, dans le passé, les pays Membres n'y ont généralement que peu recouru. Du point de vue de la politique de la concurrence, la courtoisie active a-t-elle échoué à l'épreuve du marché ? Si l'on examine le "marché", il est évident que les changements ont été profonds depuis l'apparition de la notion de courtoisie active. Les marchés de produits et de services se sont mondialisés et, aujourd'hui, les régimes de concurrence sont plus courants, plus puissants et davantage axés sur les questions de concurrence internationale. On ne peut affirmer avec certitude que la courtoisie active connaîtra maintenant le succès, mais ces changements économiques et juridiques interdisent aujourd'hui de prédire son échec sous prétexte qu'elle n'a pas été invoquée dans le passé.

H. Évaluation des avantages potentiels de la courtoisie active

58. La nature, l'importance et la probabilité des effets bénéfiques de la courtoisie active restent à ce stade entourées d'incertitude. Mais on peut circonscrire les avantages potentiels et les limitations intrinsèques de la courtoisie active. À la lumière de ces éléments et de l'expérience acquise, on recensera dans ce rapport les domaines pour lesquels la courtoisie active offre le plus de possibilités et un domaine pour lequel elle n'en offre pratiquement pas. Dans les autres domaines, on indiquera quels sont les facteurs qui détermineront vraisemblablement les avantages à attendre et on tirera certaines conclusions préliminaires d'ordre général.

59. Certains observateurs sont pessimistes quant aux possibilités qu'offre la courtoisie active⁵⁷, sans toutefois expliciter dans le détail leur position. À ce stade, ce qu'on pourrait dire, c'est que le recours volontaire à la courtoisie active dans des cas bien déterminés n'offre aucun risque apparent et peut être clairement bénéfique dans un nombre limité de situations. "L'interaction de la courtoisie positive avec la menace de ce que l'on appelle couramment l'application "extraterritoriale" du droit de la concurrence est manifeste : "plus les dispositions en matière de courtoisie active seront efficaces, moins on aura besoin de recourir à l'application "extraterritoriale" de ses propres règles de concurrence"⁵⁸. Du point de vue de la Communauté européenne,

"il est manifestement préférable.... que les États-Unis appliquent le principe de la courtoisie active lorsqu'ils examinent une pratique anticoncurrentielle observée dans la Communauté européenne, plutôt que de chercher à appliquer le droit de la concurrence américain. Par la courtoisie active, la

Commission peut conserver, lorsqu'elle le souhaite, le contrôle des procédures d'application mises en œuvre pour remédier à cette pratique"⁵⁹.

60. La courtoisie active paraît offrir un maximum de possibilités lorsqu'une pratique anticoncurrentielle dans le pays requis porte préjudice aux exportateurs du pays requérant, mais pas à ses consommateurs⁶⁰. Dans ces "affaires de limitation des exportations" -- que nos collègues des échanges appelleraient des "affaires d'accès au marché" -- l'Assistant Attorney General des États-Unis Joel Klein a souligné plusieurs avantages de la courtoisie active :

Premièrement, les autorités de la concurrence ont généralement intérêt à prendre au sérieux ces plaintes, même si elles concernent l'accès d'entreprises étrangères, car les pratiques en cause lèsent les consommateurs du pays où elles se produisent. Deuxièmement, avec ce mécanisme, il est beaucoup plus probable que les éléments de preuve nécessaires pour se prononcer correctement dans ces affaires pourront être obtenus, puisque l'affaire est traitée par l'autorité du pays où se produit la pratique anticoncurrentielle. Enfin, la démarche fondée sur la courtoisie active devrait renforcer la crédibilité des réglementations de la concurrence et des autorités de la concurrence, car elle peut s'appliquer à au moins certains problèmes d'accès au marché grâce à une approche systématique reposant sur le droit de la concurrence⁶¹.

Que ce soit en vertu du libellé général de la recommandation de l'OCDE ou en vertu d'accords bilatéraux de coopération, notamment dans le cadre de la présomption d'ajournement prévue dans le Supplément à l'accord CE/EU, il paraît clair que la courtoisie active offre le plus de possibilités dans le cas où il est porté préjudice principalement ou exclusivement aux exportateurs du pays requérant.

61. A l'autre extrême, la courtoisie active ne peut manifestement être que peu utile dans les cas d'entente à l'exportation. En effet, comme on l'a vu, la courtoisie active ne peut être utilisée que si la pratique en cause est illicite dans le pays requis, ce qui n'est généralement pas le cas pour les ententes à l'exportation.

62. Les possibilités qu'offre la courtoisie active sont plus incertaines dans les autres domaines. Par exemple, la présomption d'ajournement ou de suspension prévue par le Supplément à l'accord CE/EU s'applique lorsque les activités anticoncurrentielles en cause sont menées principalement sur le territoire du pays requis et visent principalement ce territoire. Dans cette hypothèse, la courtoisie active peut contribuer à éviter des différends au sujet des enquêtes, mais aussi à améliorer la mise en œuvre du droit de la concurrence en encourageant le traitement d'une affaire par l'autorité qui dispose des meilleurs instruments pour le faire⁶². Complétée par d'autres activités de coopération, elle peut concourir à ce que les entreprises ne dressent pas les autorités de la concurrence les unes contre les autres et à ce que les mesures correctrices soient cohérentes et compatibles avec les préoccupations d'autrui⁶³. En d'autres termes, elle peut éviter des enquêtes inefficaces faisant double emploi et des mesures correctrices fragmentaires, en améliorant ainsi l'application du droit de la concurrence tout en réduisant les coûts inutiles d'obtention d'informations dans les enquêtes en matière de concurrence. La CCI est favorable à la courtoisie active "parce qu'elle réduit à un minimum les éléments d'inefficience dus aux doubles emplois et maximise la prévisibilité et la cohérence"⁶⁴. D'autres commentateurs ont formulé des observations analogues⁶⁵.

63. En revanche, il est très difficile de savoir quelle sera l'importance de cette catégorie. La principale incertitude tient au fait que la pratique doit viser principalement le pays requis. Si des entreprises du pays X pratiquent des prix imposés pour un produit, par exemple, il n'est pas évident que cette pratique puisse être considérée comme visant principalement le pays X, sauf si, pour une raison ou une autre, le marché géographique du produit est le pays X. Mais si le pays X constitue un marché distinct, la pratique anticoncurrentielle ne sera sans doute pas considérée comme lézant les consommateurs d'un autre pays. En plus des problèmes concernant la définition du marché, on notera que les termes "visant principalement"

semblent faire référence à des critères “d’intention”, mais il paraît improbable que cette intention soit le seul ou même le principal critère. On pourrait voir apparaître, sous une forme ou sous une autre, un critère des “effets”, concernant éventuellement le volume des achats dans le pays requérant et le pays requis.

64. Pour les ententes injustifiables, la courtoisie active paraît offrir certaines possibilités lorsque le pays requérant reconnaît que sa compétence est insuffisante ou pourrait l’être. La courtoisie active coopérative (celle où le pays demandeur n’ajourne, ni ne suspend son enquête) peut être fructueuse dans le cadre d’une action coordonnée, le pays requis assumant par exemple le rôle pilote dans la phase initiale, étant entendu que les rôles peuvent se modifier et que les tâches à accomplir pourront être multiples. Mais dans les affaires d’entente injustifiable pour lesquelles le pays requérant est compétent, la courtoisie active partagée (celle où il y a ajournement ou suspension) paraît offrir peu de possibilités, parce le pays requérant voudra probablement imposer ses propres amendes ou autres mesures correctrices en plus de celles que le pays requis pourra obtenir.

65. En ce qui concerne les fusions, l’existence de délais impératifs et différents fait que la courtoisie active partagée sera probablement rare, mais là encore, dans certaines circonstances, la courtoisie active coopérative peut permettre de coordonner efficacement les activités des pays concernés.

66. Enfin, dans les domaines où la courtoisie active peut offrir certains avantages, l’un des principaux déterminants pourra être le degré d’attachement des autorités de la concurrence à l’ensemble du mécanisme de coopération. Une demande d’exercice de la courtoisie active pourrait parfois avoir l’avantage de porter l’information à l’attention des autorités de la concurrence du pays requis. Mais pour exploiter pleinement la courtoisie active, il faudra mettre en œuvre des moyens substantiels. Sauf dans le cadre d’un accord de réciprocité de large portée, on ne saurait s’attendre à ce que la prise en compte “attentive et bienveillante” d’une demande de mesures d’application des lois formulée par un autre pays conduise les autorités de la concurrence à consacrer des ressources à des affaires dont l’économie mondiale bénéficiera davantage que leur propre économie. L’élément important pour l’impact qu’aura en définitive la courtoisie active est donc de savoir si les autorités de la concurrence sont désireuses et capables d’instaurer une culture de coopération telle qu’une autorité de la concurrence puisse justifier une action bénéficiant principalement à une autre autorité à la lumière des avantages qu’elle peut attendre d’actions menées par une autre autorité.

67. En ce sens, le Supplément à l’accord CE/EU est plus important que ne l’indique son libellé même, en soulignant l’attachement à la coopération que les parties ont mis en exergue de bien des manières⁶⁶. On peut prendre à cet égard deux exemples :

- La Commission européenne a décrit l’accord comme un engagement de la part des États-Unis et de l’Union européenne à coopérer en matière d’application de la réglementation de la concurrence au lieu de chercher à appliquer de façon extraterritoriale leur réglementation de la concurrence⁶⁷. Ce n’est pas une analyse littérale de l’accord, mais plutôt l’expression d’un esprit de coopération sans lequel les dispositions précises de l’accord seraient dénuées de sens et avec lequel on peut obtenir des niveaux de coopération qui ne pourraient jamais être définis précisément dans un accord ;
- M. Klein a souligné que la courtoisie active “respecte le principe de souveraineté des pays participants puisqu’elle reconnaît que le pays dont le marché est le plus directement touché assume la principale responsabilité en matière d’application du droit de la concurrence”⁶⁸. Là encore, l’accord ne contient pas les termes que nous venons de souligner, mais lorsqu’il s’agit de coopération volontaire, le texte est moins important que la confiance.

En définitive, la courtoisie active offre beaucoup de possibilités dans un certain nombre de situations -- principalement pour les mesures restrictives frappant les exportations -- et elle en offre moins dans un

plus grand nombre de situations. Ce n'est pas une panacée, mais on ne voit pas quel pourrait être le risque de mettre l'accent sur une forme de coopération volontaire que l'OCDE recommande depuis 25 ans.

II. La notion de courtoisie active et ses avantages potentiels : résumé

Ce résumé est conçu comme un guide pratique et commode reprenant les définitions et analyses de la partie I. Ce guide comprend des propositions générales (en caractères normaux) et des commentaires (en caractères italiques).

Comme on l'a vu dans la partie I, la « courtoisie active » n'a jamais été formellement définie, mais les responsables de la concurrence utilisent généralement cette expression pour désigner la forme de coopération encouragée dans la partie I.B.5 de la recommandation de l'OCDE sur la coopération. Faute de définition formelle et eu égard à la nécessité d'une utilisation plus cohérente pour pouvoir examiner plus clairement cette forme de coopération et d'autres formes de coopération, c'est dans cette acception qu'on emploiera l'expression « courtoisie active » dans le présent rapport. Le but de ce rapport n'est pas de définir formellement la courtoisie active ni de limiter en quoi que ce soit la possibilité pour un pays (a) de formuler des mesures subordonnant à certaines conditions ou limitant autrement les cas où il considérera attentivement et avec bienveillance les demandes d'exercice de la courtoisie active, ou (b) de définir de toute autre manière ses propres mesures en matière de courtoisie active. On utilisera en outre deux autres notions importantes -- la courtoisie passive et l'aide à l'enquête -- dans le contexte des principes d'application volontaire énoncés dans la recommandation de l'OCDE sur la coopération.

A. Nature de la courtoisie active et des notions connexes

1. Courtoisie active

En paraphrasant la recommandation de l'OCDE (partie I.B.5), on peut définir la courtoisie active comme le **principe selon lequel un pays devrait (1) considérer attentivement et avec bienveillance la demande formulée par un autre pays afin qu'il engage ou élargisse une procédure d'application des réglementations pour remédier à une pratique illicite se produisant sur son territoire et portant gravement préjudice aux intérêts d'un autre pays et (2) prendre toute mesure correctrice qui lui paraît appropriée, sur une base volontaire et compte tenu de ses intérêts légitimes.**

- La courtoisie active est une forme de coopération pour l'application des lois, que les pays Membres de l'OCDE sont invités à mettre en œuvre en vertu d'une série de recommandations en matière de coopération depuis 1973. Il s'agit d'un principe de coopération volontaire pour l'application des réglementations de la concurrence, qui vise les demandes formulées par un pays à l'effet qu'un autre pays engage ou élargisse des activités d'application des lois pour remédier à une pratique anticoncurrentielle d'entreprises réputée illicite. **Il ne s'agit pas d'un terme général désignant une coopération impliquant de la part du pays requis une action positive ou ayant des effets positifs.**
- La courtoisie active est un principe d'action volontaire. Les recommandations de l'OCDE n'ont pas un caractère contraignant et les pays peuvent ne pas prendre en considération "attentivement et avec bienveillance" les demandes qui leur sont adressées. **De plus, le fait pour un pays de prendre en considération attentivement et avec bienveillance, en vertu de la courtoisie active, la demande d'un autre pays, ne le prive aucunement de prendre**

les décisions d'application de ses réglementations qu'il juge appropriées. Certains pays Membres de l'OCDE ont fait figurer des principes de courtoisie active dans leurs accords de coopération. Lorsque ces accords ont un caractère impératif, ils peuvent obliger les pays à prendre en compte leurs demandes mutuelles, mais les pays restent libres de prendre les décisions d'application de leurs réglementations qu'ils jugent utiles.

- *La courtoisie active est la prise en compte par un pays ("pays requis") d'une demande de mesures d'application formulée par un autre pays ("pays requérant"). Il n'y a pas courtoisie active lorsque la demande n'est pas formulée au nom d'un pays ou lorsqu'un pays soumet une suggestion ou donne une "information" sans formuler une demande. Bien que la recommandation de l'OCDE s'adresse aux pays Membres et vise les demandes formulées par un « pays », le présent rapport n'établit aucune distinctions entre les demandes formulées par un pays et les demandes formulées par son autorité de la concurrence.*
- *La courtoisie active concerne les activités d'application des réglementations de la concurrence. Lorsque la courtoisie active est décrite comme une demande d'engager ou d'élargir une "procédure d'application des réglementations", le terme "procédure" vise toutes les activités d'application des réglementations et pas uniquement les demandes d'action d'un type particulier ou revêtant des modalités particulières. L'expression "élargir des activités d'application des réglementations" signifie étendre l'enquête à d'autres parties ou à d'autres questions et prendre de nouvelles mesures dans le cadre d'une procédure ayant pour but de remédier au préjudice qui est porté aux intérêts du pays requérant.*
- *La demande de mesures d'application formulée par un pays relève de la courtoisie active, quelles que soient les personnes physiques ou morales dont il est allégué qu'elles se livrent à la pratique illicite. La recommandation de l'OCDE vise les pratiques illicites des entreprises, mais les pays Membres peuvent décider en ce qui les concerne d'adopter ou d'écarter cette limitation ou une autre.*

2. Courtoisie active, aide à l'enquête et notions connexes

- (a) En paraphrasant la partie I.A.1 de la recommandation de l'OCDE, on peut définir **la courtoisie active** comme **le principe selon lequel un pays devrait (i) notifier aux autres pays que ses procédures d'application des réglementations peuvent affecter certains de leurs intérêts importants et (ii) considérer attentivement et avec bienveillance les moyens de répondre à ses besoins d'application de ces réglementations sans porter préjudice à ces intérêts.**
- La courtoisie active et la courtoisie passive se rapportent l'une comme l'autre à l'impact de l'application des réglementations d'un pays sur un ou plusieurs autres pays. Elles se différencient de la manière suivante :
 - la courtoisie active concerne l'exécution d'une procédure pour aider un autre pays ;
 - la courtoisie passive concerne l'exécution de toutes les procédures de façon à ne pas porter préjudice aux autres pays.
- (b) En paraphrasant la partie I.A.3 de la recommandation de l'OCDE, on peut définir **l'aide à l'enquête** comme **la coopération à la procédure d'application des réglementations d'un autre pays. Cette aide peut comporter la collecte d'informations pour le compte du pays**

requérant, l'échange d'informations avec le pays requérant et l'examen des faits et des doctrines juridiques.

- *La courtoisie active et l'aide à l'enquête sont les deux moyens fondamentaux qu'envisage la recommandation de l'OCDE pour qu'un pays sur le territoire duquel une pratique anticoncurrentielle peut se produire coopère avec un pays qui considère que cette pratique lui porte préjudice. Ces deux formes de coopération se différencient de la manière suivante :*
 - *la courtoisie active implique une procédure d'application des réglementations de la part du pays requis ;*
 - *l'aide à l'enquête implique une procédure d'application des réglementations de la part du pays requérant.*
- *A la lumière de cette distinction, la prise en compte par un pays d'une demande d'informations devant être utilisées dans le cadre d'une procédure judiciaire constitue une aide à l'enquête et ne relève pas de la courtoisie active, que le pays requis engage ou non une procédure d'application des réglementations pour obtenir les informations.*

(c) En paraphrasant la partie I.A.2 de la recommandation de l'OCDE, on peut définir **l'enquête coordonnée** comme **la coopération entre deux pays ou plus à une procédure à l'égard d'une même pratique réputée illicite ou de pratiques connexes réputées illicites, cette coopération prenant la forme d'une aide mutuelle à l'enquête afin que chacun puisse mieux poursuivre cette pratique.**

- *La courtoisie active, l'aide à l'enquête et l'enquête coordonnée sont toutes des formes de coopération pour l'application des réglementations. Une procédure d'application des réglementations peut comporter plusieurs formes de coopération pour l'application des réglementations, successivement ou simultanément. Par exemple, la courtoisie active peut être une forme d'enquête coordonnée et des demandes d'aide à l'enquête peuvent être formulées dans le cadre d'enquêtes résultant de l'exercice de la courtoisie active et dans le cadre d'enquêtes coordonnées.*

3. Formulation et prise en compte des demandes d'exercice de la courtoisie active

La recommandation ne suggère aucune procédure pour la formulation ou la prise en compte des demandes d'exercice de la courtoisie active. Certains pays Membres de l'OCDE ont fait figurer des dispositions procédurales dans leurs accords de coopération ; en dehors de ces cas, les pays Membres peuvent procéder comme ils l'entendent. Le Comité note qu'il serait possible de réduire la probabilité de malentendus entre le pays requérant et le pays requis en identifiant et en appliquant des procédures ou des lignes directrices déterminées. Par exemple, une ligne directrice portant sur le contenu de la demande pourrait prévoir qu'une demande d'exercice de la courtoisie active a) indique la nature de la demande en décrivant la pratique en cause, son impact sur le pays requérant et la mesure correctrice souhaitée, b) fasse état des faits sur lesquels reposent les allégations, notamment en décrivant toute enquête qui aura pu être réalisée et en offrant de soumettre les éléments de preuve pouvant être divulgués et c) précise l'intention du pays requérant en ce qui concerne une enquête future sur la pratique en cause.

(a) **Préalables à la demande d'exercice de la courtoisie active.** En cas de demande d'exercice de la courtoisie active, la recommandation de l'OCDE exige uniquement que le pays considère que la pratique en cause est probablement illicite en vertu du droit du pays requis et porte gravement préjudice aux intérêts du pays requérant.

- *Le constat fait par le pays requérant que la pratique alléguée, si elle est avérée, devrait être contraire aux réglementations de l'autre pays ne doit pas nécessairement être étayé par une analyse détaillée de ces réglementations.*
- *Le pays requérant détermine discrétionnairement si la pratique alléguée porte gravement atteinte à ses intérêts.*
- *Une demande d'exercice de la courtoisie active peut être formulée et acceptée, que la pratique en cause soit ou non contraire aux réglementations du pays requérant ou relève ou non de sa compétence.*
- *Les pays Membres de l'OCDE peuvent formuler une demande d'exercice de la courtoisie active au titre de la recommandation de l'OCDE ou de tout accord de coopération applicable.*

(b) **Critères pour l'examen d'une demande d'exercice de la courtoisie active.** La recommandation prévoit que le pays requis devrait considérer attentivement et avec bienveillance une demande d'exercice de la courtoisie active et que s'il conclut que la pratique à laquelle se livrent des entreprises sur son territoire a des effets préjudiciables importants sur le pays requérant, il devrait rechercher toute mesure correctrice qui lui paraît appropriée, sur une base volontaire et compte tenu de ses intérêts légitimes.

- *Aucun critère précis n'est imposé pour décider de prendre ou de ne pas prendre une mesure correctrice. Puisque toute mesure correctrice a un caractère volontaire et peut prendre en compte les intérêts légitimes du pays requis, il est clair que le pays requis est en tout état de cause libre de rejeter la demande. L'expression "attentivement et avec bienveillance" implique nécessairement que la demande ne doit pas être automatiquement rejetée au vu simplement de considérations qui vaudraient pour la totalité ou la quasi-totalité des demandes. Par exemple, une demande ne devrait pas être rejetée uniquement parce que les entreprises visées sont des entreprises nationales ou parce que les ressources nécessaires pourraient être utilisées de façon plus fructueuse à court terme pour l'économie du pays requis si on les affectait à une autre affaire. L'analyse coûts/avantages relève du pays requis, mais le pays requis devrait prendre en compte les intérêts du pays requérant et les avantages à long terme d'une application plus efficace des réglementations de la concurrence.*
- *L'élimination d'avantages économiques pour certains agents économiques du pays requis, découlant d'une pratique illicite qui se produit sur son territoire, devrait être considérée comme un avantage, et non un coût, pour l'acceptation d'une demande d'exercice de la courtoisie active.*
- *Le coût probable, pour le pays requis, de l'affectation de moyens d'application des réglementations à la poursuite d'autres pratiques illicites est un élément pertinent pour la décision d'acceptation ou de rejet de la demande. Il y a lieu de mettre en balance ce coût et les économies qui pourront être réalisées à l'avenir pour l'application des réglementations, les autres avantages que procurent la réciprocité de la courtoisie active et les effets bénéfiques d'une application plus efficace des réglementations de la concurrence. Si, en raison de ses ressources limitées, un pays conclut qu'il doit rejeter une demande qu'il aurait sinon acceptée, il peut envisager la possibilité d'accepter partiellement la demande ou s'informer auprès du pays requérant afin de savoir si celui-ci est prêt à lui apporter une aide financière ou une aide en personnel.*

- (c) **Conséquences du rejet d'une demande d'exercice de la courtoisie active.** Le rejet d'une demande d'exercice de la courtoisie active n'emporte pas renonciation à toute objection que le pays requis peut avoir à l'encontre d'une enquête de la part du pays requérant. (recommandation de 1995, I.A.5.a.)
- (d) **Mécanisme d'exercice de la courtoisie active.** Le mécanisme d'exercice de la courtoisie active n'est pas conçu comme un mécanisme formel ne comportant aucune interaction entre les pays tant que la demande est à l'examen ; le mécanisme de courtoisie active est par définition coopératif.
- *Des solutions coopératives peuvent être favorisées par des possibilités de poursuite du dialogue après formulation de la demande d'exercice de la courtoisie active et même après le rejet d'une telle demande.*

4. **Eléments juridiques**

- (a) **Droit en vigueur** C'est le droit du pays requis qui s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer si les allégations du pays requérant sont suffisantes pour engager une procédure d'application des réglementations et c'est ce droit également qui régit toute procédure.
- *Le pays requérant peut faire connaître ses préférences sur les points pour lesquels le pays requis a toute latitude — par exemple les personnes morales ou physiques qui devraient faire l'objet de l'enquête ou des poursuites et les mesures correctrices souhaitables — mais c'est le pays requis qui est maître de la procédure et c'est son droit qui la régit.*
- (b) **Obligation d'apporter la preuve d'effets substantiels sur le marché.** Le fait que le droit du pays requis exige la preuve d'effets substantiels sur le marché influera probablement sur le coût d'une demande de procédure d'application des réglementations, mais ne constitue pas un obstacle juridique à l'acceptation d'une demande, puisque ce dont il s'agit à ce stade, c'est de savoir si la pratique alléguée, si elle est avérée, est ou non contraire aux réglementations du pays requis.
- *En principe et dans la pratique, les cas d'exercice de la courtoisie active ne concerneront très probablement pas des pratiques dont les effets n'ont pas un caractère de gravité qui ne pourraient être considérées comme illicites que par application d'une règle d'illicéité en soi.*
- (c) **Différences entre les réglementations des pays.** Les différences entre les réglementations des pays, notamment en ce qui concerne les pouvoirs d'investigation, les mesures correctrices possibles ou la nature des procédures (administrative, civile ou pénale) auront probablement une incidence sur l'analyse conduisant à l'acceptation ou au rejet d'une demande d'exercice de la courtoisie active, mais pas sur la possibilité juridique d'exercer la courtoisie active.
- *Une demande d'exercice de la courtoisie active peut être formulée et acceptée même si deux pays ont une approche très différente de la pratique en cause, dès lors que le pays requis peut prendre une mesure correctrice.*

B. **Évaluation de la courtoisie active**

La recommandation de l'OCDE n'établit aucune catégorie pour la courtoisie active, mais il est utile de distinguer plusieurs catégories pour évaluer les avantages probables de l'exercice de la courtoisie

active. Les catégories suivantes ne reflètent aucun principe fondamental particulier de la courtoisie active et le présent rapport n'a pas pour but d'entériner les catégories indiquées ni de déconseiller l'utilisation d'autres catégories.

- **Un accord ad hoc d'exercice de la courtoisie active** est un accord entre un pays requérant et un pays requis concernant un point sur lequel le pays requis accepte de mener une enquête.
- **Un accord d'exercice de la courtoisie active partagée** est un accord ad hoc d'exercice de la courtoisie active par lequel le pays requérant s'engage à ajourner ou suspendre toute action tant que la procédure du pays requis est en cours.
- **Un accord d'exercice de la courtoisie active coopérative** est un accord ad hoc d'exercice de la courtoisie active qui ne constitue pas un cas de courtoisie active partagée.
- *Comme pour toutes les autres conditions des accords ad hoc d'exercice de la courtoisie active, ce sont le pays requérant et le pays requis qui déterminent s'il doit s'agir d'un accord d'exercice de la courtoisie active partagée. Le Supplément de 1998 à l'accord de coopération de 1991 CE/EU présume la courtoisie active partagée dans certaines situations.*

1. La courtoisie active et les autres possibilités

(a) **Les options.** Un pays saisi d'une plainte crédible concernant une violation alléguée du droit de la concurrence commise dans un autre pays a normalement trois grandes options :

- *Suggérer au plaignant de contacter l'autre pays.*
- *Mener sa propre procédure d'application des réglementations de la concurrence, sauf si la pratique alléguée n'est pas contraire à son propre droit de la concurrence ou ne relève manifestement pas de sa compétence.*
- *Soumettre une demande d'exercice de la courtoisie active, après avoir vérifié que les allégations justifient une enquête.*

(b) **Éléments entrant en jeu pour le choix entre ces options.** Le pays se déterminera probablement en fonction des éléments suivants :

- *Suggérer au plaignant de contacter un autre pays constitue une solution qui est peu coûteuse et qui se traduit souvent par une aide minimale. Ce pourrait être en principe la solution optimale si le pays saisi de la plainte est largement convaincu que l'autre pays est désireux et capable de prendre les mesures adéquates. Mais en fait un pays jugera souvent cette solution insuffisante s'il considère que la pratique alléguée porte gravement préjudice à ses intérêts.*
- *Mener une enquête au titre de la réglementation de la concurrence permet au pays d'utiliser les dispositions de fond, les règles de procédure et les mesures correctrices qu'il s'est choisies et, malgré le coût que cela représente, les pays préfèrent souvent préserver leurs intérêts par leurs propres procédures. Mais, du fait de problèmes de compétence, ces mesures unilatérales sont parfois contestables, impraticables ou impossibles.*
- *Soumettre une demande d'exercice de la courtoisie active suppose qu'on accepte que le pays requis soit maître de la procédure et que celle-ci soit régie par son droit, mais une enquête*

résultant de l'exercice de la courtoisie active permettra l'examen le plus minutieux des faits et aura un effet dissuasif sur les pratiques anticoncurrentielles en instaurant une coopération et en évitant les conflits de compétence.

2. *Avantages potentiels de la courtoisie active*

(a) **Plus grande efficacité.** Puisque la courtoisie active suppose l'application du droit du pays requis, elle peut être un moyen de remédier à une pratique illicite auquel le pays requérant ne peut lui-même remédier à cause de problèmes de compétence.

- *La courtoisie active est un moyen de remédier à une pratique illicite :*
 - *à l'égard de laquelle le pays requérant n'a pas compétence ou, en vertu du principe de courtoisie passive, ne devrait pas exercer sa compétence sans envisager d'autres solutions ;*
 - *lorsque le pays requérant est compétent, mais ne peut faire la preuve de l'illicéité de la pratique parce qu'il est dans l'incapacité de mener une enquête approfondie ;*
 - *lorsque le pays requérant est compétent et pourrait faire la preuve de l'illicéité de la pratique, mais est dans l'incapacité d'imposer une mesure correctrice efficace.*

(b) **Plus grande efficience.** Puisque la courtoisie active aboutit à une enquête de la part du pays qui est le mieux à même de rassembler les faits nécessaires, elle peut améliorer l'efficience en réduisant les coûts de l'enquête, le risque d'erreur et le risque de décisions incohérentes.

- *L'avantage maximal sur le plan de l'efficience pourra être obtenu lorsque la courtoisie active aboutit à une seule procédure, mais l'avantage sera important en tout état de cause. Les coûts et les risques seront probablement moindres si le pays requis mène l'enquête et engage la première action, même si le pays requérant décide en définitive d'engager une action pour défendre ses intérêts.*

(c) **Moindre nécessité d'échanger des informations confidentielles ou autres.** Puisque la procédure est aux mains de l'autorité de la concurrence qui peut avoir accès dans les meilleures conditions à la plupart des faits, les autorités qui coopèrent auront probablement moins besoin de rassembler et/ou d'échanger des informations confidentielles ou autres, sauf si le pays requérant n'ajourne pas ou ne suspend pas sa propre action.

(d) **Moyen d'éviter les conflits de compétence.** Puisqu'elle suppose l'application du droit du pays requis, la courtoisie active est un moyen d'éviter les conflits de compétence.

- *La courtoisie active est un moyen d'éviter les conflits entre pays :*
 - *lorsque le pays requis considère que le pays requérant n'a pas compétence ;*
 - *lorsque le pays requérant a compétence à l'égard de la pratique en cause, mais qu'une enquête ou une mesure correctrice de sa part soulèverait des problèmes de compétence.*

(e) **Moyen d'éviter qu'il soit porté atteinte aux intérêts du pays requis.** Puisque la décision d'acceptation ou de rejet d'une demande d'exercice de la courtoisie active est prise librement, il n'y a pas de risque que le pays requis soit obligé d'enquêter lorsque cela est contraire à ses intérêts. Le caractère volontaire de l'exercice de la courtoisie active garantit en outre que l'autorité de la concurrence du pays requis conservera la maîtrise de son programme d'action. Enfin, les mécanismes de coopération reposant sur une base volontaire se caractérisent par une

tendance à l'autodiscipline, les pays étant incités à ne pas soumettre des demandes déraisonnables afin de ne pas être saisis de demandes déraisonnables.

- (f) **Protection d'autres intérêts légitimes du pays requis.** En enquêtant lui-même sur la pratique réputée illicite, le pays requis est maître de l'enquête, assure l'application de la politique de la concurrence qu'il s'est choisie et est généralement en mesure de préserver ses intérêts légitimes.

3. *Limites de la courtoisie active*

- (a) **Droit du pays requis.** L'exercice de la courtoisie active ne peut être obtenu que pour une pratique qui est illicite dans le pays requis.

- (b) **Interdiction d'échanger des informations relatives à une enquête.** Si un pays requis a besoin d'avoir accès à des informations situées à l'étranger — dans le pays requérant ou dans tout autre pays — il ne se verra probablement pas accorder une aide substantielle à l'enquête pour l'obtention d'informations même non confidentielles à cause de dispositions législatives ou réglementaires interdisant l'échange d'informations non publiques obtenues dans le cadre d'une enquête.

- (c) **L'expérience et la confiance sont indispensables.** Bien que les pays Membres de l'OCDE aient adopté de longue date des recommandations les invitant instamment à pratiquer la courtoisie active coopérative, nombre d'entre eux n'ont pas acquis une expérience suffisante dans ce domaine. Il est difficile de savoir dans quelle mesure l'expérience d'autres formes de coopération pour l'application des réglementations a créé le type de confiance qu'exige la courtoisie active coopérative. Il n'existe probablement pas entre un grand nombre de pays la confiance qu'exigent les accords d'exercice de la courtoisie active partagée.

- *Les accords ad hoc d'exercice de la courtoisie active nécessitent une confiance mutuelle ainsi que la volonté et la capacité de chacun de protéger les informations confidentielles, d'agir sans subir d'influences politiques ou d'autres influences extérieures, d'accorder le traitement national, de conduire efficacement les procédures sans retard, d'obtenir des mesures correctrices efficaces et d'engager les consultations qui s'imposent.*
- *Une très grande confiance est nécessaire pour l'exercice de la courtoisie active partagée, le pays requérant acceptant d'ajourner ou de suspendre toute action tant que la procédure du pays requis est en cours ; en effet, le pays requérant renonce à une possibilité optimale de remédier lui-même à la pratique en cause et s'appuie sur le pays requis pour préserver ses intérêts.*

- (d) **Caractère volontaire de la courtoisie.** Le pays requis ne peut être contraint de coopérer si la coopération est contraire à ses intérêts tels qu'il les conçoit, quand bien même la coopération serait la solution optimale ou l'unique solution. En dépit du caractère volontaire de la courtoisie active, certains pays de l'OCDE craignent que les demandes d'exercice de la courtoisie active ne leur permettent pas de conserver la maîtrise de leur programme d'action.

4. *Possibilités offertes par la courtoisie active dans certains types d'affaires*

- (a) **Affaires de limitation des exportations ("d'accès au marché").** L'utilité de la courtoisie active paraît maximale dans les affaires de limitation des exportations — c'est-à-dire lorsqu'une pratique se produisant dans un pays porte atteinte aux exportateurs d'un autre pays, mais pas à ses

consommateurs. Le Supplément de 1998 de l'accord de 1991 CE/EU présume dans ce cas l'exercice de la courtoisie active partagée.

- *Les affaires de limitation des exportations risquent de poser au pays requérant les problèmes de compétence les plus graves. Le pays où la pratique se produit contestera souvent la compétence de l'autre pays et refusera donc de l'aider dans son enquête. Par conséquent, la courtoisie active sera alors souvent la seule forme possible de coopération pour l'application des réglementations.*
- *Les affaires de limitation des exportations ont toutes chances d'être relativement intéressantes pour le pays requis, puisque mettre fin à de telles limitations sera bénéfique pour ses consommateurs.*

- (b) **Actes exécutés dans le pays requis et visant ce pays.** La courtoisie active offrira probablement de très grandes possibilités lorsque la pratique en cause intervient principalement dans le pays requis et vise principalement ce pays. Le Supplément à l'accord CE/UE présume dans ce cas l'exercice de la courtoisie active partagée. Mais il est difficile de déterminer actuellement quel est le champ exact de cette catégorie.
- (c) **Affaires concernant des ententes injustifiables.** La courtoisie active partagée ne semble guère offrir de possibilités dans les affaires concernant des ententes injustifiables, parce que les pays lésés voudront probablement prendre leurs propres mesures correctrices. Là où la courtoisie active offre davantage de possibilités, c'est lorsque le pays lésé n'a pas compétence pour agir lui-même, et la courtoisie active coopérative pourrait être fructueuse dans le cadre d'une coordination des tâches consistant, par exemple, en ce qu'un pays requis joue au départ un rôle pilote, étant entendu que les rôles peuvent être modifiés et les actions multiples.
- (d) **Ententes à l'exportation.** Dans la plupart des affaires concernant des ententes à l'exportation, l'exercice de la courtoisie active ne pourra probablement pas être obtenu, puisque la pratique en cause est rarement illicite dans le pays d'origine.
- (e) **Fusions.** Le caractère impératif des calendriers applicables à un grand nombre d'opérations de fusion et les différences entre ces calendriers font que les cas d'exercice de la courtoisie active partagée devraient être rares, mais dans certaines situations la courtoisie active coopérative pourrait jouer un rôle sous la forme d'une allocation efficace des ressources des pays concernés.
- (f) **Autres pratiques anticoncurrentielles.** En général, la courtoisie active partagée offre des possibilités limitées dans les autres cas, parce que les pays dont les intérêts sont lésés seront souvent incités et aptes à mener leur propre enquête et à obtenir leurs propres mesures correctrices. Mais la courtoisie active coopérative pourrait être utile dans ces cas. Une demande d'exercice de la courtoisie active peut alerter une autorité de la concurrence sur l'existence d'une pratique anticoncurrentielle dont elle n'avait pas connaissance, ou sur la nature anticoncurrentielle d'une pratique dont elle avait connaissance, mais qu'elle n'évaluait pas correctement. De plus, la courtoisie active coopérative pourrait être utile pour l'allocation des ressources dans le cadre d'enquêtes coordonnées.

NOTES

1. Hank Spier, *The Interaction between Trade and Competition Policy; the Perspective of the Australian Competition & Consumer Commission*, Seminar on International Trade Policies, Taipei, 2 mai 1997, p. 6.
2. Karel Van Miert, *Analysis and Guidelines on Competitive Policy*, Allocution au Royal Institute of International Affairs, Londres (11 mai 1993), cité dans Joseph P. Griffin, *EC and U.S. Extraterritoriality : Activism and Co-operation*, Fordham 1993.
3. Voir, par exemple, Dieter Lange et Gary Born, *The Extraterritorial Application of National Laws*, CCI (1987).
4. Claude Rakovsky, *The Commission's co-operation with third countries in the field of competition*, FTW Conference, 18/9/97, Bruxelles, p. 8 ("En pratique, cette approche controversée a eu peu d'impact. Je n'ai pas connaissance d'une affaire récente reposant sur ce seul chef de compétence, mais il a été invoqué avec d'autres dans une ou deux affaires.")
5. Karel Van Miert, Fordham Conference 1997 ("La Communauté n'ayant jamais officiellement revendiqué une compétence territoriale aussi large que celle revendiquée par les Etats-Unis, cette situation était considérée comme un déséquilibre dans nos relations bilatérales et un obstacle à des relations plus étroites. C'est pourquoi nous avons décidé de négocier pour renforcer l'accord en matière de courtoisie active.")
6. Voir, par exemple, *Mise en oeuvre du droit de la concurrence : coopération internationale pour la collecte de renseignements*, OCDE, 1984, par. 98-114.
7. Margaret Bloom, *International Co-operation between Competition Authorities*, Speech to the Law Society's Solicitors' European Group Annual Conference, Bristol, 13 juin 1997, p. 5.
8. La structure de la recommandation prête à confusion, en ce sens que l'aide à l'enquête est traitée dans la partie A (notification, échange de renseignements et coordination des actions), alors que la courtoisie active est traitée dans la partie B (consultation et conciliation). Décivant la recommandation de 1986 dans un document de référence destiné à une table ronde conjointe du CLP et du Comité des échanges, le Professeur Ernst-Ulrich Petersmann a indiqué que l'échange de renseignements (c'est-à-dire l'aide à l'enquête) est une forme de « coopération », alors que la courtoisie active est une forme de « règlement des différends ». (L'élément de concurrence dans les accords internationaux [COM/DAF/CLP/TD(94)35], para. 55). Mais, plus loin dans ce rapport, le Professeur Petersmann considère apparemment que la courtoisie active est une forme de coopération pour l'application des réglementations, bien que la façon dont il décrit l'échange de renseignements en tant que forme de courtoisie active (para. 140) soit un autre exemple de confusion ; voir également la note 12.
9. Id. paragraphe 142 (proposant que les obligations en matière de courtoisie active de l'accord de 1991 soient introduites dans la recommandation de 1986). La partie B(4) de la recommandation dispose que le pays requis "doit" tenter de remédier à un préjudice, alors que l'article V de l'accord de 1991 prévoit seulement que le pays requis doit "prêter attention" à la demande ; mais cela ne correspond peut-être à aucune différence sur le fond.
10. Plus précisément, les sections I.A.1 et I.B.4 de la recommandation prévoient qu'un pays devrait notifier aux autres pays les enquêtes ou procédures pouvant affecter des intérêts importants de ces pays et considérer attentivement et avec bienveillance les moyens de répondre aux besoins de l'enquête ou de la procédure sans porter atteinte à ses intérêts.

11. La section I.B.5 de la recommandation prévoit qu'un pays devrait considérer attentivement et avec bienveillance la demande qui lui est adressée par un autre pays d'engager ou d'élargir une procédure d'application de ces réglementations afin de remédier à une pratique se produisant sur son territoire qui porte gravement préjudice aux intérêts de cet autre pays et devrait prendre les mesures correctrices qu'il juge appropriées sur une base volontaire et compte tenu de ses intérêts légitimes.
12. Par exemple., Alexander Schaub, *International Co-operation in antitrust matters: making the point in the wake of the Boeing/MDD matter*, EC Competition Policy Newsletter, février 1998, (indiquant que "pour surmonter ces difficultés les responsables de l'application des lois antitrust doivent prendre en considération les préoccupations des autres responsables", définissant la "courtoisie traditionnelle" comme l'application des lois en vue "d'éviter les effets néfastes pour un marché du partenaire" et examinant la courtoisie active dans l'optique d'engagement de procédures de l'application des lois) ; Paul Crampton et Milos Barutciski, *Trade Distorting Private Restraints: A Practical Agenda for Future Action*, Pacific Economic Co-operation Council Conference on Trade and Competition Policy, 13-14 mai 1997, pages 30-31; Allan Fels, *Trade and Competition in the Asia Pacific Region*, Economic Society of Australia, 24th Conference of Economists, Adelaide, 28 septembre 1995, pages 7-8.
13. Par exemple, Donald I. Baker, A. Neil Campbell, Michael J. Reynolds, and J. William Rowley, *Harmonisation of International Competition Law Enforcement*, Global Forum on Competition and Trade Policy, (1995), page 7, définissent la courtoisie active comme « une aide active » et indiquent qu'il ne s'agit pas d'un moyen « de protection contre les conflits de compétence ». Dans son acception correcte, la courtoisie active est dans certains cas le seul moyen de protection contre les conflits de compétences. Voir également Fox, *Competition Law and the Next Agenda for the WTO*, New Dimensions of Market Access in a Globalising World Economy, page 171 ("on entend aujourd'hui par courtoisie active l'engagement d'envisager avec bienveillance une assistance active.") Hachigian, *International Antitrust Enforcement*, Antitrust Magazine, 22, 24 (automne 1997) (« la courtoisie active » désigne des mesures actives, positives, qu'un pays peut prendre à la demande d'un autre.)
14. Le rapport important du Groupe d'experts, *La politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international (CE juillet 1995)* utilise le terme de « courtoisie active » dans le sens qui est généralement accepté, mais le document de réflexion établi par le professeur Ernst-Ulrich Petersmann l'utilise dans une acception qui couvre également l'aide à l'enquête, affirmant que les accords de l'OMC contiennent des dispositions relatives à la « courtoisie active » (par exemple, page 55), mais les articles qui sont cités (article IX de l'AGCS et l'article 40 de l'accord sur les ADPIC) visent l'aide à l'enquête et pas la courtoisie active. L'affirmation de Claus Dieter Ehlermann selon laquelle la courtoisie active a été intégrée dans l'acte final du cycle d'Uruguay reflète également cette acception imprécise. Ehlermann, *The Role of Competition Policy in a Global Economy*, New dimensions of Market Access in a Globalising World Economy, OCDE, 30 juin-juillet 1994, page 122. On a aussi prétendu, à tort, que l'ALENA contient des principes directeurs en matière de courtoisie active. Edward M ; Graham et J. David Richardson, *Competition Policies for the Global Economy* (1997), page 50.
15. On signalera aussi deux problèmes moins importants quant à l'usage du terme « courtoisie active ». Certains commentateurs ont parfois utilisé ce terme pour viser l'ensemble du processus de mise en oeuvre de l'accord de 1998 CE/EU, y compris les principes régissant des mesures de report ou de suspension. On confond alors la notion de courtoisie active et un ensemble spécifique de procédures de mise en oeuvre et, toutes utiles qu'elles soient, ces procédures ne doivent pas être intégrées dans la définition de la courtoisie active. De plus, on affirme parfois que la courtoisie active couvre la possibilité, pour un pays, de demandeur une procédure d'application des réglementations, mais, à strictement parler, la courtoisie active correspond au principe selon lequel une telle demande doit être prise en considération attentivement et avec bienveillance par le pays requis.
16. De plus, même si le pays B est à même de prévoir avec une probabilité raisonnable le moment où le pays A souhaitera qu'il engage ou élargisse une enquête, s'il le fait sans discussion et sans qu'il y ait au moins une

demande implicite, on ne se trouvera pas dans un cas de courtoisie active ; sauf peut-être pour des ajustements mineurs d'une enquête en cours, une telle mesure unilatérale de la part du pays B ne relève pas de la coopération ; il s'agit d'une action unilatérale qui pourrait interférer avec la façon dont le pays A envisage de faire face à la situation.

17. En outre, une demande qui n'est pas faite au nom d'un pays (ou de son autorité de la concurrence) ne met pas en jeu la courtoisie active.
18. Cf. Politique de la concurrence et échanges internationaux, Instruments de coopération de l'OCDE, 1987, page 7. (en 1984, il y avait "de grandes variétés de formes de coopération qui ne tombaient pas clairement dans une catégorie ou une autre").
19. Allard D. Harm, *International Co-operation in the Anti-Trust Field and in Particular the Agreement between the United States of America and the Commission of the European Communities*, 30 Common Market L. Rev. 571-589, note que la "coordination" recouvre différents types d'activités dans différentes situations.
20. Spier, *supra* note 1, p. 8 ; voir également Graeme Thomson, *Australia and New Zealand*, dans Edward M. Graham and J. David Richardson, *Global Competition Policy* (1997), page 400.
21. Comité sur les pratiques commerciales restrictives, Rapport sur les problèmes liés à la lutte contre les pratiques commerciales restrictives qui affectent les échanges internationaux, 12 janvier 1965, E. 41450, p. 3.
22. *Id.*, p. 6.
23. En 1949, le Conseil de l'Europe a établi un projet de convention sur la lutte contre les ententes. *Id.* p. 9. Par une résolution du 13 septembre 1951, le Conseil économique et social des Nations Unies a demandé à la Commission ad hoc sur les pratiques commerciales restrictives de faire rapport sur les moyens d'empêcher les accords internationaux anticoncurrentiels. La proposition de la Commission a suivi, pour l'essentiel, la Charte de La Havane. *Id.*, p. 7.
24. Kurt E. Markert, *Recent Developments in International Antitrust Co-operation*, 18 Antitrust Bull. 355, 359 n. 11 (1968).
25. Mise en œuvre du droit de la concurrence, note 6 ci-dessus, paragraphe 149.
26. Markert, note 24 ci-dessus, n. 11.
27. Selon un rapport de 1984 du CLP, « en vertu de l'article 11 du protocole d'exécution du traité, chacun de membres de l'Union... peut demander à un autre membre de prendre une décision en matière antitrust dans des cas où une telle coordination est jugée nécessaire par la partie requérante ». Mise en œuvre du droit de la concurrence, *supra* note 6, paragraphe 154.
28. Comité sur les pratiques commerciales restrictives, note 21 ci-dessus, p. 10.
29. Groupe de travail N° 3, Commentaires sur le TFD/RBP/WP3/15, 6 avril 1966, TFD/RBP/WP3/17, p. 2-4.
30. Quatrième réunion du Groupe de travail, 2 mai 1966, TFD/RBP/WP3/18 (16 juin 1966).
31. *Id.* (soulignement ajouté).

32. Projet de recommandation du Conseil concernant la coopération entre pays Membres en matière de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux, 22 août 1966, TFD/RBP/WP3/20.
33. Recommandation concernant une procédure de consultation et de conciliation en matière de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux, 3 juillet 1973 [C(73)99(Final)]. La Suisse s'est abstenue.
34. La nouvelle disposition relative à la courtoisie passive stipule que (1) un pays notifié peut demander une consultation s'il estime qu'une enquête qui lui est notifiée affecte ses intérêts importants, et (2) le pays notifiant doit considérer attentivement et avec bienveillance le point de vue du pays requérant, notamment toutes suggestions concernant les autres moyens possibles d'atteindre les objectifs de l'enquête. Projet de recommandation sur la coopération entre pays Membres en matière de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux, 13 juillet 1979, C(79)154.
35. Recommandation sur la coopération entre pays Membres dans le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux, 5 octobre 1979, C(79)154(Final).
36. Proposition de révision de la recommandation de 1979 du Conseil, 20 décembre 1985.
37. L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au plan multilatéral en matière de lutte contre les pratiques commerciales restrictives, 5 décembre 1980, section E(4), prévoit seulement que les pays doivent rechercher des mesures correctrices ou préventives appropriées afin d'éviter et/ou de limiter le recours à des pratiques commerciales restrictives relevant de leur compétence qui nuisent aux échanges internationaux. La section C(i)1 prévoit que des mesures appropriées doivent être prises de manière à se renforcer les unes les autres. Contrairement aux affirmations d'un certain nombre de commentateurs, ni les accords de l'OMC ni l'ALENA ne contiennent de dispositions ou de principes directeurs relatifs à la courtoisie active. Voir note 14 ci-dessus.
38. Par exemple, Americo Beviglia Zampetti et Pierre Sauvé, *New Dimensions of Market Access : An Overview*, dans *New Dimensions of Market Access in a Globalising World Economy*, 30 juin - 1er juillet 1994, p. 21 (Une nouveauté intéressante, la "courtoisie active", va au-delà de la conciliation et de la coopération prévues dans la recommandation de 1986 de l'OCDE.) ; Hans-Jürgen Vosgerau, *Trade Policy and Competition Policy in Europe, Complementarities and Contradictions*, Sonderforschungsbereich 178 "Internationalisierung der Wirtschaft" (janvier 1993) p. 63 « (l'accord de 1991 prévoit comme possibilité qu'une Partie soit incitée (et non forcée !) à prendre des mesures à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles sur son territoire, à la demande de l'autre Partie »).
39. Un communiqué de presse du Ministère de la justice des Etats-Unis a cité l'ancien Attorney General adjoint Rill, décrivant l'accord de 1991 comme un pas important vers une réduction à un minimum des conflits en matière d'application extraterritoriale des lois antitrust. Le communiqué de la CE a qualifié l'Accord de 1991 d'"historique" mais a souligné d'une manière générale la perspective d'enquêtes coordonnées, plutôt que les possibilités offertes par la courtoisie active.
40. Sir Leon Brittan et Karel Van Miert, *Towards an International Framework of Competition Laws*, juin 1996.
41. Voir l'annexe, section (c).
42. La nature du changement de position de la CE est illustrée par les commentaires faits en février 1998 par M. Schaub devant le Groupe d'experts "une recommandation pour un instrument international à part entière, comportant des mécanismes de mise en oeuvre, un ensemble de principes communs et une disposition de courtoisie active, demeure d'actualité". Schaub, supra n° 12, at 4.

43. En raison des limites imposées au pouvoir discrétionnaire de la CE en cas de fusion et des calendriers réglementaires auxquels sont soumises les deux parties, on voit difficilement comment la courtoisie active pourrait fonctionner dans les cas de fusions à l'heure actuelle.
44. *Communication de la Commission au Conseil concernant l'accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis sur l'application des principes de courtoisie active dans la mise en œuvre de leur droit de la concurrence*, 18 juin 1997, p. 4.
45. Voir notes 57 et 66-68.
46. Rakovsky, supra note 4, page 7.
47. Joel Klein, *Anticipating the Millenium : International Antitrust Enforcement at the End of the Twentieth Century*, Fordham Corporate Law Institute, 24th Annual Conference on International Law and Policy, New York, NY, 16 octobre 1997, p. 14. Voir aussi le communiqué de presse du Ministère de la justice des Etats-Unis daté du 3 décembre 1996.
48. Schaub, note 12 ci-dessus, p. 3.
49. Markert, note 24 ci-dessus, p. 13 ("Malheureusement, la plupart des législations nationales imposent toujours des restrictions à la divulgation de renseignements aux autres autorités. Il faut voir si ces restrictions pourraient être levées ou du moins assouplies notablement de manière à permettre l'échange d'informations à titre confidentiel et réciproque".) *Id.* p. 369.
50. Communication au Conseil, supra n° 44, p. 4.
51. Fox, *Toward World Antitrust and Market Access*, 91 American Journal of International Law 1, n. 1 (1997), déclarant que la courtoisie active suppose que les pays reconnaissent qu'ils ont un intérêt commun à faire appliquer la législation antitrust et aient la volonté d'oeuvrer dans ce sens. Elle fait observer (p. 18) que bien souvent les pays considèrent que leurs intérêts sont contraires, en raison de politiques industrielles nationales (sanctions contre les ententes), de différences d'interprétation des pratiques anticoncurrentielles (IBM) ou de différences factuelles (Hartford).
52. Fels, supra note 12, p. 6. Voir également James R. Atwood, *Positive Comity – Is It A Positive Step ?* 1992 Fordham Corp.L.Inst. 79, 87 (1993) (« il n'est pas réaliste d'attendre d'un Etat qu'il poursuive ses ressortissants uniquement au profit d'un autre Etat ».)
53. Communication au Conseil, supra n° 44, p. 4
54. *ICC Comments on EU-US Positive Comity Agreement*, ICC Business World, p. 2.
55. Rakovsky, supra note 4, p. 8.
56. Voir les notes 45 et 66-68 ; Joel Davidow, *Recent Developments in the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law*, septembre 1997, p. 8 (« Les Etats-Unis ayant, avec succès, demandé instamment à des pays comme le Japon de renforcer leurs pouvoirs d'application du droit de la concurrence et de s'engager à pratiquer la courtoisie active, les autorités américaines paraîtraient peu raisonnables si elles prenaient des mesures unilatérales avant de donner aux autorités du pays d'accueil une chance de remédier au problème. »)
57. Par exemple, Atwood, supra note 52 ; Ham, supra note 19 ; Fox, supra note 51.

- 58 . Ehlermann, note 14 ci-dessus, p. 121 (“C’est en fait la clause de “courtoisie active” qui est l’élément le plus novateur de l’accord”). Voir aussi Ulrich Immenga, *Basic Principles for an International Antitrust Code*, Competition Policies for an Integrated World Economy, Oslo, juin 1996, p. 4 (la courtoisie active, “une étape importante.”) Un commentateur qui a critiqué un certain nombre d’aspects de l’accord de 1991 a approuvé la perspective de voir le pays demandeur pouvoir agir à la demande de la partie qui, autrement, aurait dû recourir à l’application extraterritoriale des dispositions de son propre droit de la concurrence. Paul Torremans, *Extraterritorial Application of E.C. and U.S. Competition Law*, 21 *European L. Rev.* 280 (1996).
- 59 . Communication au Conseil, supra note 44, p. 3.
- 60 . Ham, note 19 ci-dessus, paraît dans l’erreur lorsqu’il affirme (p. 595) que la réévaluation par les Etats-Unis de leur position traditionnelle en matière de compétence dans des affaires de limitation des exportations réduit la valeur potentielle de l’accord 1991 dans ces cas. Il pense que si les intérêts des Etats-Unis sont en jeu, il n’est pas nécessaire de faire une demande de courtoisie active, mais c’est pour protéger ces intérêts de manière efficace et sans créer de conflits de compétence que les Etats-Unis ont insisté sur la courtoisie active.
- 61 . Klein, note 47 ci-dessus, p. 15. Voir aussi ABA Section of Antitrust Law, *Comments on the Draft Agreement between the Government of the United States and the European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of Their Competition Laws*, p. 4. Voir Klein, *A Note of Caution with Respect to a WTO Agenda on Competition Policy*, The Royal Institute of International Affairs (Londres, 18 novembre 1996), p. 6 : « Du point de vue du Ministère, le moyen le plus efficace de remédier aux restrictions du secteur privé qui empêchent l’accès aux marchés étrangers est de donner des pouvoirs aux autorités chargées de la concurrence et d’isoler celles-ci autant que possible des pressions protectionnistes à court terme. »
- 62 . Klein, supra note 47, p. 15.
- 63 . Schaub, supra note 12, p. 1
- 64 . ICC, *Competition and Trade in the Global Arena*, Draft Report by the International Chamber of Commerce, février 1998, p. 77.
- 65 . Par exemple, ABA, supra note 61, p. 7
- 66 . Voir texte accompagnant les notes 45 et 57.
- 67 . Communication au Conseil, supra note 44, p. 5.
- 68 . Klein, supra note 61, p. 6.