



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

Banque des mémoires

Master de Droit de l'Union européenne

Dirigé par Madame le Professeur Laurence Idot et

Monsieur le Professeur Fabrice Picod

2014

***Le rôle de l'International Competition Network
dans la convergence des droits de la concurrence***

Clément Echard

Sous la direction de Madame le Professeur Laurence Idot

Table des matières

Introduction.....	4
Première partie : Le rôle fluctuant de <i>l'International Competition Network</i> dans la convergence des droits des concentrations	13
I - L'ICN vecteur d'accélération du rapprochement des règles procédurales des droits des concentrations	13
A) L'existence d'un mouvement de convergence totale vers les pratiques recommandées I à IV	16
B) L'existence d'un mouvement de convergence partielle vers les pratiques I à V..	20
1) <i>L'influence interne de l'ICN : Focalisation sur le Brésil et l'Inde.....</i>	<i>21</i>
2) <i>L'influence externe de l'ICN : l'exemple de la Chine.....</i>	<i>27</i>
II - L'ICN vecteur d'accompagnement du processus de convergence substantielle des droits des concentrations.....	29
A) L'impact secondaire de l'ICN sur le processus de convergence substantielle des droits des concentrations	31
B) Divergences persistantes et rôle potentiel de l'ICN.....	36
Seconde partie : L'influence asymétrique de <i>l'International Competition Network</i> sur le processus de convergence des droits des pratiques anticoncurrentielles	42
I - L'ICN vecteur efficace de convergence en matière de lutte contre les cartels	42
A) L'incidence réelle de l'ICN sur le processus de convergence normative en matière de lutte contre les cartels	43
1) <i>L'influence directe de l'ICN sur la convergence normative procédurale</i>	<i>43</i>
2) <i>L'influence diffuse de l'ICN sur la convergence normative substantielle</i>	<i>48</i>
B) La place cruciale de l'ICN dans le rapprochement des pratiques en matière de lutte contre les cartels	52
II - L'ICN réceptacle de la diversité substantielle des droits des pratiques unilatérales	57
A) Les travaux de l'ICN miroir des désaccords sur l'approche en matière de pratiques unilatérales	58
1) <i>Un consensus difficile sur les linéaments de l'analyse du droit des pratiques unilatérales.....</i>	<i>58</i>

2) <i>Un degré de concorde variable selon la typologie des pratiques unilatérales..</i>	60
B) Le rôle limité de l'ICN à la favorisation de formes de convergence embryonnaires.....	61
Conclusion	69
Bibliographie	71

Introduction

L'*International Competition Network* ou Réseau international de concurrence (ci-après « ICN » ou « RIC ») a été créé le 25 octobre 2001 à l'initiative essentiellement des États-Unis et suivant les recommandations de l'*International Competition Policy Advisory Committee* (ci-après « ICPAC »). Acteur majeur de l'échec de l'inclusion de règles contraignantes en matière de concurrence dans le cadre de l'OMC, les États-Unis ont proposé l'alternative de l'ICN pour améliorer la coopération en matière de politique internationale de concurrence. L'ICN est en quelque sorte une *via media* entre l'absence de régulation internationale et l'établissement d'un véritable droit international de concurrence.

Rapidement, ce réseau transnational est devenu une organisation de référence comme en témoigne la croissance exponentielle du nombre de ses membres. À l'origine 14 autorités¹, l'ICN est un réseau inclusif qui regroupe désormais plus de 129 autorités rattachées à 116 États et 4 organisations régionales d'intégration économique dont l'Union européenne². À l'exception notable des autorités de la concurrence chinoises³, ce réseau virtuel a tissé sa toile sur les cinq continents. Les raisons de ce succès ont été largement analysées⁴ mais il convient de les rappeler brièvement.

Débarassé des oripeaux de la solennité qui caractérisent les enceintes internationales transgouvernementales plus traditionnelles comme l'Organisation de Coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») ou la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (ci-après « CNUCED »), l'ICN est avant tout un réseau informel, sans secrétariat permanent, regroupant uniquement des autorités de la concurrence qui choisissent discrétionnairement de le rejoindre ce qui permet de limiter les interférences politiques. L'existence d'un blog très actif est l'ultime témoignage de cette modernité⁵. L'ICN

¹ Les autorités de la concurrence fondatrices appartenaient aux États et organisations supranationales suivantes : l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Australie, le Canada, la Corée du sud, les États-Unis, la France, Israël, l'Italie, le Japon, le Mexique, le Royaume-Uni, l'Union européenne et la Zambie.

² Consultable sur le site <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-chairwoman-edith-ramirez-participate-international>

³ Potentiellement 3 autorités chinoises pourraient intégrer l'ICN : le Bureau Antimonopole du Ministère du Commerce extérieur ou « MOFCOM », la *State Administration of Industry and Commerce* ou « SAIC » et la *National Development Regulatory Commission* ou « NDRC ».

⁴ Voir notamment SOKOL (D.), *Monopolists without Borders: The Institutional Challenge of International Anti-trust in a Global Gilded Age*, 4 Berkeley Bus. L.J. 37 ? 2007, p. 97-106.

⁵ Consultable sur le site <http://www.icnblog.org/>.

organise une coopération volontaire multinationale exclusivement dédiée au droit de la concurrence et résumé dans ce slogan : « *all competition, all the time* »⁶. Les autorités de la concurrence, membres du réseau, interagissent entre elles le plus souvent virtuellement via des télé-séminaires, des conférences téléphoniques et des échanges de courriers électroniques même si sont organisées des réunions « *physiques* » sous la forme de conférences thématiques ou générales au cours desquelles les membres du réseau peuvent échanger de vives voix. Ainsi, pour citer un exemple récent, la 13^{ème} Conférence annuelle du Réseau international de la concurrence s'est déroulée du 23 au 25 avril 2014 à Marrakech.

La réussite de l'ICN s'explique également par l'éclectisme des personnes qui participent à ce réseau. Indépendamment des officiels qui représentent leur autorité, le réseau a ouvert ses portes à des conseillers non gouvernementaux ou *Non Governmental Advisors* (ci-après « *NGAs* »), désignés par les autorités en raison de leurs compétences dans la matière. Ces représentants de la société civile sont essentiellement des universitaires, juristes ou économistes et des praticiens du droit de la concurrence. Si l'apport qualitatif des *NGAs* a été souligné à plusieurs reprises, certains auteurs ont estimé qu'il serait préférable d'accroître la participation des universitaires et des représentants des associations de consommateurs afin de pondérer l'influence des représentants du secteur privé⁷.

Hormis ces considérations organiques, il importe, sans prétendre à l'exhaustivité, de revenir sur l'économie générale du Réseau international de concurrence. Les organes structurants du réseau sont le groupe directeur ou comité de pilotage, le groupe organisateur de la conférence annuelle, les groupes de travail et leurs sous-groupes. L'Autorité de la concurrence française est membre du comité de pilotage (ou « *Steering group* ») de l'ICN depuis 2007. Actuellement, il existe cinq groupes de travail relatifs au contrôle des concentrations, à la lutte anticartels, aux pratiques unilatérales, à l'efficacité des autorités de concurrence et au plaidoyer en faveur des politiques de concurrence (ou « *Advocacy working group* ») dont l'Autorité de la concurrence française assure la coprésidence depuis le mois de mai 2011. Ces groupes de travail se réunissent à intervalle régulier, pour échanger sur les travaux en cours, effectuer un bilan et

⁶ Tel est l'objectif affiché sur le site Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/members/join.aspx>.

⁷ HOLLMAN (H.) et KOVACIC (W.), *The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role*, Minnesota Journal of International Law, 2011, p. 283.

fixer de nouvelles priorités⁸. Si de plus en amples développements seront consacrés aux trois premiers groupes, la présente étude n'occultera pas l'apport existant et l'importance potentielle du groupe sur le plaidoyer en faveur des politiques de concurrence dans le processus de congruence des droits de la concurrence. En revanche, malgré son importance sur l'amélioration de la mise en œuvre des politiques de concurrence, l'activité du groupe de travail relatif à l'efficacité des Agences essentiellement axée autour des questions de management ne sera pas analysée en raison de son rôle plus indirect sur l'objet des développements subséquents.

L'ensemble de ces groupes de travail ont produit des travaux abondants mais d'une portée et d'une qualité inégales. Les pratiques recommandées en droit des concentrations sont clairement le symbole de l'activité et de la réussite de l'ICN mais les développements subséquents ne feront pas l'impasse sur les autres travaux qu'il s'agisse des manuels ou des matrices d'information publiques⁹ (ou « *templates* ») en raison de leur importance sur le rapprochement des droits de la concurrence. Le dénominateur commun de l'ensemble de ces travaux est leur valeur non contraignante. Adoptés sur une base consensuelle, ces travaux sont inévitablement le reflet de l'influence verticale ascendante des membres du réseau les plus éminents et de l'influence horizontale des autres organisations internationales comme l'OCDE et la CNUCED. Néanmoins, l'ICN a réussi à se singulariser et à insuffler sa propre dynamique de convergence des droits de la concurrence nationaux. Ces fertilisations croisées témoignent d'une constante en matière de politique internationale de concurrence : l'étroite imbrication de ces principaux acteurs.

Lors de la 13^{ème} conférence annuelle qui s'est déroulée à Marrakech, Andreas Mundt, l'actuel président de l'ICN a déclaré que : « *l'ICN avait produit une collection encyclopédique de travaux rassemblant un vaste savoir concernant l'application du droit de la concurrence dans le monde (...) et qu'aucun autre forum ne pouvait fournir une telle base pour la coopération internationale entre les autorités de la concurrence* »¹⁰.

⁸ Le groupe de travail sur les cartels organise un atelier annuel. Le groupe de travail sur les concentrations se réunit tous les deux ans. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/news-and-events/all-events.aspx>.

⁹ DAUDRET-JOHN (F.) et SOUTY (F.), *International Competition Network, convergence et divergences*, Concurrences n° 3-2010, p. 184.

¹⁰ MUNDT (A.), *The International Competition Network lays the groundwork for further convergence*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc964.pdf> : « *It has produced an encyclopedic collection of written work products containing vast knowledge about competition enforcement around the world. No other forum can provide such a basis for international cooperation among competition authorities.* ».

Paradoxalement, à l'heure actuelle, la réception par les membres du réseau de ce corpus et la détermination de son implication effective dans le processus de convergence des droits de la concurrence n'ont été analysées que de manière parcellaire. Le but de la présente étude est d'analyser plus en détail le rôle de l'ICN dans la convergence de l'ensemble des composantes du droit de la concurrence. Le principe de la convergence étant dans l'ADN même de l'ICN¹¹, cette démarche revient à analyser plus en détail l'ampleur de son succès.

La convergence des droits de la concurrence est une réalité qui n'est plus contestée. Phénomène indéniable, la convergence n'en est pas moins critiquée par certains auteurs qui arguent du fait qu'il faut entretenir une concurrence des droits de la concurrence afin de générer les règles les mieux à même de juguler les comportements anticoncurrentiels¹². A contrario, l'adoption d'une régulation univoque à l'échelle internationale figerait dans le marbre des standards internationaux plus aisément contournables par les opérateurs économiques à la recherche perpétuelle des failles normatives.

La présente étude n'a pas pour objet, stricto sensu, d'analyser les avantages et les inconvénients de la convergence des droits de la concurrence mais il convient de partir du postulat selon lequel il s'agit d'un phénomène globalement positif. Le rapprochement des droits de la concurrence nationaux est une condition sine qua non de l'amélioration de l'efficacité de la politique de concurrence et *in fine* de l'augmentation du bien-être global. La mondialisation de l'économie et la multiplication concomitante des droits nationaux de la concurrence fait de la convergence une impérieuse nécessité pour canaliser l'augmentation des risques de contradiction entre les juridictions. Le renforcement de la convergence des droits de la concurrence permet d'améliorer l'intensité de la dissuasion et l'efficacité de la répression des pratiques anticoncurrentielles. Au surplus, la convergence est également un vecteur de retombées positives pour les opérateurs économiques car elle permet de réduire l'incertitude et les coûts inhérents notamment aux opérations de concentration multi-juridictionnelle.

¹¹ Consultable sur le site www.internationalcompetitionnetwork.org : « *The International Competition Network ("ICN") is a project-oriented, consensus-based, informal network of antitrust agencies that addresses antitrust enforcement and policy issues of common interest and formulates proposals for procedural and substantive convergence through a results-oriented agenda and structure* ».

¹² BUDZINSKI (O.), « The International Competition Network as an International Merger Control Institution » in *International Institutions and Multinational Enterprises – Global Players, Global Markets*, John-ren Chen and David Sapsford (eds.), Cheltenham, 2004, p. 12-13.

Fréquemment usitée, la notion de convergence est relativement nouvelle et nécessite d'être clairement délimitée afin de ne pas la dévoyer. Appréhendée par la négative, la convergence est l'antonyme de la divergence. La convergence s'apparente à un processus de rapprochement et d'atténuation de la divergence entre deux éléments. En ce sens, la convergence s'oppose à l'uniformisation qui présuppose la fusion de deux éléments antagonistes. En revanche, la différence entre la convergence et l'harmonisation est relativement ténue. En effet, l'harmonisation désigne « *un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques* »¹³. Ainsi définie, l'harmonisation se rapprocherait de la notion de convergence développée notamment par Hollman et Kovacic et appréhendée comme « *la reconnaissance de principes directeurs relatifs au droit substantiel de la concurrence, aux procédures applicables et à la méthode de management d'une autorité de la concurrence* »¹⁴. Pourtant, le Professeur Gerber met en exergue la différence entre les deux concepts en employant le critère de l'autonomie de la volonté. Ainsi, l'action de converger résulte d'un choix indépendant effectué par les Etats¹⁵ contrairement à l'harmonisation qui procède d'un accord entre deux entités tierces. Comme le souligne très justement Lysiane Picard, il faut également discerner, dans une certaine mesure, la convergence de la coordination¹⁶. Là où la coordination implique seulement une gestion optimale de la diversité, la convergence, processus de long terme, développe souvent une approche plus ambitieuse qui sous-tend une trajectoire vers un référentiel. Dans la sphère du droit de la concurrence, les accords bilatéraux permettent d'assurer une meilleure coordination, les plus connus étant ceux signés par les Etats-Unis en 1999 et en 2011 respectivement avec la Communauté européenne et la Chine. En revanche, le bilatéralisme achoppe à insuffler des dynamiques pérennes de convergence¹⁷ contrairement aux enceintes multilatérales dont l'exemple le plus abouti est l'ICN. Il ne faut pas confondre les accords bilatéraux avec les partenariats privilégiés qui s'établissent au sein du Réseau entre des autorités de la concurrence très hétéroclites. Ainsi, dans le cadre du programme d'assistance à la promotion et à l'application des travaux du réseau, le *Bundeskartellamt*, l'Autorité de la concurrence allemande et l'Autorité de la concurrence zambienne coopèrent étroitement¹⁸. Par

¹³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 7e édition, 2005, p. 445.

¹⁴ HOLLMAN (H.) et KOVACIC (W.), *loc. cit.*, p. 278 : « *By convergence we mean the broad acceptance of standards concerning the substantive doctrine and analytical methods of competition law, the procedures for applying substantive commands, and the methods for administering a competition agency* ».

¹⁵ GERBER (D.), *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford, OUP, 2010, p. 281.

¹⁶ PICARD (L.), *Le Réseau international de la concurrence*, Centre d'Etudes sur l'Intégration et la Mondialisation, juin 2009, p. 8.

¹⁷ HEINEMANN (A.), *La nécessité d'un droit mondial de la concurrence*, *Revue internationale de droit économique*, 2004/3, (t. XVIII), p. 300-301.

¹⁸ ICN, *Activity Report on ICN Advocacy and Implementation Network 2012-2013*, p. 6 : « *The German Bundeskartellamt has continued its good cooperation with the Zambian Competition and Consumer*

ailleurs, la convergence recouvrant tout un spectre de réalités disparates, on observe néanmoins une certaine proximité entre le concept de coordination et les formes de convergence primitives ou embryonnaires qui sont impulsées par le Réseau international de concurrence surtout en matière de pratiques unilatérales. En définitive, le concept malléable de convergence est consubstantiel à l'émergence d'un autre terme : la gouvernance. Gouvernance et convergence se substituent respectivement aux concepts de gouvernement et d'harmonisation. A cet égard, le terrain de la politique internationale de concurrence est particulièrement prégnant pour observer ce remplacement sémantique. A défaut d'un véritable droit international de concurrence contraignant découlant d'un gouvernement mondial, la convergence est le corollaire logique du système de gouvernance informel, virtuel et non contraignant élaboré par l'*International Competition Network* ou Réseau international de concurrence.

L'objet de la présente étude est précisément d'analyser le rôle de ce réseau dans ce processus d'atténuation des divergences des droits de la concurrence nationaux. Pour ce faire, les réflexions suivantes tenteront d'isoler l'influence spécifique de l'ICN sur ce processus par rapport aux autres formes de coopération multilatérale comme l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques et la Conférence des Nations-Unies sur le Commerce et le Développement. En revanche, l'étude ne sera pas centrée sur les rapports complexes de concurrence, de complémentarité et de coopération entretenus par le réseau avec ces autres *international fora*¹⁹. On notera simplement une tendance à l'accentuation de la collaboration entre l'ICN et l'OCDE marquée notamment par la conduite d'une étude commune sur la coopération internationale entre les autorités de la concurrence²⁰.

Dans la détermination du rôle de l'ICN, il nous faudra surtout isoler son implication sur la convergence par rapport à certains Etats et/ ou organisations régionales influentes qui bénéficient d'une forte légitimité et cherchent à assurer la prééminence de leur modèle. De plus amples digressions seront consacrées aux interactions entre le Réseau international de concurrence et les deux modèles prééminents en droit de la concurrence : le modèle américain et le modèle européen. Pour autant, il sera accordé également une place importante à la

Protection Commission (CCPC) by conducting a continuous exchange of experiences and teleseminars ». Consultable sur le site http://www.jftc.go.jp/en/int_relations/icn.files/AISUPActivity2012-13.pdf.

¹⁹ Voir notamment SOKOL (D.), *loc.cit.*

²⁰ ICN, *Report on OECD/ICN Questionnaire On International Enforcement Cooperation*. 2013. Consultable sur le site <http://www.oecd.org/competition/oecd-icn-international-cooperation-survey.htm>.

réception des travaux de l'ICN par les « *BRICS* » et plus généralement par les Etats récemment acculturés au droit de la concurrence.

Par ailleurs, la fonction du Réseau international de concurrence dans l'œuvre de rapprochement des droits de la concurrence sera replacée dans le contexte de son évolution. Le 10ème anniversaire du réseau en 2011 a marqué une césure symbolique entre sa phase de lancement et sa phase de consolidation et a suscité des réflexions visant à définir les principaux axes de travail pour la seconde décennie. Lors de la dixième conférence annuelle de l'ICN qui s'est déroulée à La Haye en 2011, le Président de l'époque a fixé les desseins prioritaires de l'ICN parmi lesquels figurent la nécessité de renforcer la promotion, la diffusion et l'application des travaux existants du réseau²¹. Si durant la première décennie du réseau qui correspond peu ou prou à sa phase de lancement, l'ICN a produit un travail dense et considérable, élaboré des travaux majeurs et réussi à générer une dynamique de convergence dans les principaux domaines du droit de la concurrence, le réseau est désormais dans une seconde phase de consolidation à la recherche de la pérennisation de ce mouvement.

Ainsi, le but est d'appréhender l'effet de ce réseau transnational de concurrence via des preuves tangibles et avec objectivité en évitant de commettre un biais cognitif de confirmation qui consisterait à rechercher principalement les éléments de preuves démontrant l'importance du rôle de l'ICN²².

C'est la raison pour laquelle, l'action menée par l'ICN pour favoriser la convergence doit être jaugée à l'aune d'une pluralité de sources. Les travaux de l'ICN constituent le matériau de base de l'analyse mais il importe de s'intéresser à d'autres vecteurs d'informations pour des raisons d'objectivité et de complétude. Parallèlement à la focale sur les évolutions des droits de la concurrence de certains Etats développés ou émergents, il sera également fait référence à des travaux universitaires, aux déclarations des représentants des autorités de concurrence et des *NGAs* et aux documents édictées par les organisations privées rassemblant les praticiens du droit de la concurrence. Parmi cette dernière catégorie, la présente réflexion s'intéressera tout particulièrement à l'Association internationale du barreau (ci-après « *IBA* ») et à l'Association

²¹ FINGLETON (J.), *The ICN's Vision for its Second Decade*, Présenté lors de la 10ème Conférence annuelle de l'ICN à La Haye, p. 6-7. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf>.

²² BUHART (J.) et MAULIN (R.), *La preuve en matière de cartels*, Concurrences n° 4-2011, p. 58.

américaine du barreau qui interviennent notamment pour recommander des amendements aux projets de réforme soumis à une consultation publique par les Etats (ci-après « ABA »). Lors de l'exercice de leur magistère d'influence, ces associations se réfèrent quelque fois aux documents de l'ICN, ce qui constitue un bon indicateur de la visibilité de ces travaux et ipso facto de leur impact. De manière plus épisodique, l'étude s'appuiera, dans le domaine spécifique du droit procédural des concentrations, sur le travail d'un organisme privé, le *Merger Streamlining Group*.

La diversité des sources permet d'appréhender plus efficacement non seulement la convergence normative mais également la convergence opérationnelle. Cette dichotomie est la reprise de la traditionnelle distinction entre le droit théorique et son application effective. La convergence normative est synonyme de convergence formelle ou légale et recouvre le rapprochement des législations et de la *soft law* qui occupe une place prépondérante en droit de la concurrence. A contrario, la convergence opérationnelle recouvre le rapprochement des pratiques internes des autorités. Ces deux formes de convergence sont souvent décorellées à l'instar de la convergence procédurale et de la convergence substantielle.

Chaque autorité de la concurrence à sa propre idiosyncrasie face à l'action de l'ICN mais la perméabilité de ses membres à son influence fluctue selon certaines variables comme les domaines du droit de la concurrence, les aires géographiques et les particularismes nationaux comme les stades de développement économique des Etats ou la taille de leur économie. Les réflexions suivantes s'attacheront à hiérarchiser, dans la mesure du possible, ces variables en fonction de leur importance. Directe ou indirecte, précise ou plus diffuse, verticale ou horizontale, il sera également nécessaire de qualifier la nature de l'influence induite par le réseau à chaque occurrence du phénomène. Par opposition à l'influence horizontale sur les autres enceintes multilatérales, la notion d'influence verticale descendante sera employée pour qualifier l'impact des travaux de l'ICN sur les Etats même s'il n'existe aucun rapport hiérarchique entre le Réseau et les Etats.

Outre l'influence interne sur ses membres, l'ICN est parvenu à exercer une influence externe sur le droit de la concurrence des Etats dont les autorités ne sont pas membres du réseau comme la Chine. Ces différentes formes d'influence de l'ICN peuvent soit impulser ou accompagner une convergence qui peut être totale ou partielle selon les domaines du droit de la concurrence. Par ailleurs, l'ICN est à la source de plusieurs natures de convergence. La présente étude

s'appuiera sur la *summa divisio* effectuée par certains auteurs entre deux essences différentes de convergence²³. D'une part, on observe une convergence cognitive qui émerge spontanément de l'interconnexion mutuelle des autorités de la concurrence provenant des cinq continents grâce au réseau. D'autre part, il y a un phénomène de convergence médiat qui est la résultante d'une pression itérative des principaux acteurs de la politique internationale de concurrence. S'agissant de l'ICN, cette convergence « provoquée » s'articule autour de certains de ses travaux qui se sont imposés comme de véritables standards internationaux vers lesquels même les autorités de la concurrence réticentes ont cherché à se rapprocher partiellement ou totalement sous la pression de leurs pairs et pour ne pas se mettre au ban de la communauté internationale de concurrence.

Par souci de clarté, l'appréhension de ces différents phénomènes nécessite de recourir à la dichotomie classique en droit de la concurrence entre le droit des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles. Dans chacune de ces deux composantes, *l'International Competition Network* a généré un élan de convergence variable, son rôle fluctuant dans la convergence des droits des concentrations (**Première partie**) se prolongeant par son influence asymétrique sur la convergence des droits des pratiques anticoncurrentielles (**Seconde partie**).

²³ Voir notamment BUDZINSKI (O.), *loc. cit.*, p. 8 et PICARD (L.), *loc. cit.*, p. 7.

Première partie : Le rôle fluctuant de l'*International Competition Network* dans la convergence des droits des concentrations

Pilier fondateur de l'ICN, le groupe de travail sur les concentrations ou *Merger Working group* est animé, depuis 13 ans, par la volonté d'accroître la convergence en matière de contrôle des concentrations. A travers son action, l'ICN est un vecteur d'accélération du rapprochement des règles procédurales du droit des concentrations (I), mais seulement un vecteur d'accompagnement du processus de convergence substantielle des droits des concentrations (II).

I - L'ICN vecteur d'accélération du rapprochement des règles procédurales des droits des concentrations

Dans la masse considérable de documents établis par ce groupe de travail, les pratiques recommandées sont les plus emblématiques de l'impact de l'ICN sur l'aspect procédural et substantiel du droit des concentrations. Contrairement à d'autres composantes comme l'antitrust, le rôle moteur des pratiques recommandées est d'autant mieux appréhendé qu'il a été extrêmement bien documenté par le réseau lui-même²⁴ mais également par des organismes privés²⁵ et la doctrine²⁶.

Sur le plan procédural, l'ICN a adopté, entre 2002 et 2005, des pratiques recommandées afférentes aux « *procédures de notification des concentrations* » qui portent sur des aspects aussi divers que l'élément de rattachement de l'opération de concentration avec l'ordre

²⁴ ICN, *Report on the Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, avril 2005. Consultable sur le site www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc324.pdf.

²⁵ Voir notamment ROWLEY (W.) et CAMPBELL (N.), *Implementation of the International Competition Network's Recommended Practices for Merger Review: Final Survey Report on Practices IV-VII*, Merger Streamlining Group, 2005, pp. 533-588 et ICN, *Report on the Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, avril 2005.

²⁶ Voir notamment COPPOLA (M.) et LAGDAMEO (C.), « Taking Stock and Taking Root: A Closer Look at Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures » in *The International Competition Network at Ten, Origins, Accomplishments and Aspirations*, Paul Lugard (ed.), Intersentia, 2011.

juridique concerné, les seuils de notification, le moment de la notification, les périodes d'examen, les exigences de la notification initiale, la transparence, la révision des règles applicables, la conduite des enquêtes en matière de concentrations, les remèdes, les pouvoirs des autorités de concurrence, l'équité de la procédure, la transparence, la confidentialité et la coordination entre les autorités de la concurrence²⁷. Le processus collaboratif d'élaboration et d'adoption de ces « best practices » lors des conférences annuelles de l'ICN leur confère une légitimité importante et facilite leur diffusion.

L'application de ces pratiques recommandées par les membres du réseau a été mise en évidence lors des études d'impact successives effectuées notamment par le groupe de travail sur les concentrations. En 2005 un sondage mené par l'ICN a montré que 46 % des membres du réseau avaient fait ou avaient proposé des modifications les rapprochant des pratiques recommandées²⁸.

La dernière étude d'impact, dévoilée en 2011 lors de la dixième conférence annuelle du Réseau international de la concurrence à La Haye²⁹, montre que les pratiques recommandées relatives à la procédure des concentrations sont, avec les pratiques recommandées concernant l'analyse des concentrations, l'outil le plus plébiscité par les membres de l'ICN. Ainsi, 75% des autorités interrogées ont déclaré utiliser ou avoir utilisé, dans diverses perspectives, les pratiques recommandées relatives aux procédures de notification des concentrations³⁰. L'impact réel sur le processus de convergence formelle est considérable car 59 % des autorités interrogées ont reconnu que les pratiques recommandées afférentes aux procédures de notification des concentrations ont contribué à la modification de leur régime de contrôle des concentrations³¹. Si l'on établit un parallèle avec l'étude de 2005, les résultats de 2011 témoignent d'une progression de l'impact de ces pratiques recommandées qui est à la fois logique et illustrative du succès du réseau.

Les pratiques recommandées dans leur ensemble ont eu un impact considérable sur la convergence procédurale en matière de droit des concentrations mais il convient de s'intéresser

²⁷ ICN, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.

²⁸ ICN, *Report on the Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, préc.

²⁹ ICN, *Merger Working Group Assessment, 2010-2011*, p. 3.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 4.

principalement aux cinq premières d'entre elles : l'élément de rattachement de l'opération de concentration avec l'ordre juridique concerné, les seuils de notification, le moment de la notification, les périodes d'examen et les exigences de la notification initiale. En effet, les pratiques recommandées précitées sont à la fois extrêmement importantes sur le plan pratique et les plus enclines à une évaluation objective de leur application effective³². Les pratiques recommandées VI à XIII sont essentielles mais une importance moindre semble leur être accordée, les dernières études exhaustives sur leur impact datant de 2005³³. Récemment, l'Autorité de la concurrence mauricienne a présenté les résultats de l'auto-évaluation de la conformité de son droit à la pratique recommandée VII relative à l'équité procédurale³⁴. Après avoir repris chacune des exigences contenues dans la pratique recommandée, les représentants de l'autorité de la concurrence mauricienne ont conclu à la conformité intégrale du droit des concentrations mauricien au standard de l'ICN sur l'équité procédurale. Il faut se méfier de l'objectivité de l'auto-évaluation mais cette présentation est l'une des rares qui s'attache à décrire le respect par une autorité de la concurrence d'une pratique recommandée autre que les cinq premières³⁵. Pourtant, la pratique recommandée XIII relative à la confidentialité et la coordination entre les autorités de la concurrence est très importante sur le plan opérationnel. Durant ces dernières années, l'ICN a œuvré pour intensifier la coopération entre les autorités de concurrence confrontées à une même opération de concentration. Dans le cadre du réseau, les conférences téléphoniques et les séminaires se sont multipliés³⁶. L'un des défis de l'ICN est d'épauler les autorités disposant d'une faible expérience dans l'appréhension des concentrations multi-juridictionnelles. Le sujet a vraisemblablement été abordé lors de la dernière Conférence annuelle de Marrakech au cours de laquelle le groupe de travail sur les concentrations a organisé une session plénière sur la coopération internationale en matière de fusions³⁷.

Si l'action de ce groupe de travail sur les concentrations enrichie la convergence opérationnelle, nous étudierons essentiellement son influence sur la convergence normative à l'aune des

³² COPPOLA (M.) et LAGDAMEO (C.), *loc. cit.*, p. 300.

³³ ROWLEY (W.) et CAMPBELL (N.), *loc. cit.*

³⁴ ICN, Merger Working Group, *How does your merger review regime conform to the ICN's Recommended Practices? A discussion of self-assessment tools*, Télé-séminaire, 10 avril 2014, p. 8. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc959.pdf>.

³⁵ Voir également une référence à l'équité procédurale dans la présentation de l'Autorité de la concurrence de Singapour. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc423.pdf>.

³⁶ ICN, Merger Working Group, *Practical Aspects of International Cooperation in Merger Cases: Alignment of Proceedings*, Télé-séminaire, 17 octobre 2013. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc941.pdf>

³⁷ Consultable sur le site http://www.icnmarrakech2014.ma/pdf/ICN_Conference_Draft_agenda.pdf

pratiques recommandées I à V. Les études d'impact effectuées par le réseau et les organismes privées laissent entrevoir assez nettement l'existence d'un double mouvement de convergence totale vers les pratiques recommandées I à IV (A) et partielle vers les pratiques recommandées I à V (B).

A) L'existence d'un mouvement de convergence totale vers les pratiques recommandées I à IV

Lors de la dernière étude effectuée en 2011, 22 Etats dont les autorités sont membres de l'ICN étaient en totale conformité avec les pratiques recommandées I à IV³⁸. Sur ces 22 Etats, 12 ont introduit des réformes visant à s'aligner totalement sur les pratiques recommandées. Ce mouvement de conformité est remarquable car seules des modifications législatives, par essence fastidieuses, ont pu l'entraîner. La convergence totale crée un espace où les entreprises peuvent envisager des opérations de croissance externe dans un climat de sérénité. Il ne s'agit pas de reprendre les résultats de l'étude menée à l'occasion du dixième anniversaire mais d'analyser le cheminement de certains Etats vers la « *compliance* ». Ce bref survol inclura également l'examen de la conformité à la pratique recommandée V sur les exigences de la notification initiale.

Tout d'abord, on remarque très nettement une prévalence des pays européens parmi les Etats orthodoxes³⁹. Cette donnée est intéressante car elle donne à voir fréquemment un phénomène d'influence verticale descendante en cascade. En effet, peu après leur édicton, certaines pratiques recommandées ont servi de référence à la Commission européenne lors de l'adoption du règlement n° 139/2004. Dans un discours, le Commissaire européen en charge de la concurrence, Mario Monti a expressément reconnu l'influence des pratiques recommandées de l'ICN sur la réforme du droit européen des concentrations⁴⁰. La Commission s'est inspirée principalement de la pratique recommandée III sur le moment de la notification pour rédiger l'article 4 du règlement 139/2004 qui supprime l'obligation de notifier les opérations dans un

³⁸ COPPOLA (M.), *One network's effect: The rise and future of the ICN*, Concurrences n° 3-2011, p. 224.

³⁹ Parmi ces Etats, on peut mentionner l'Allemagne, l'Autriche, la Bulgarie, l'Estonie, la France, la Suède, la Suisse.

⁴⁰ MONTI (M.), *Competition enforcement reforms in the EU : some comments by the Reformer*, Georgetown University Washington, 4 avril 2003. Consultable sur le site http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-03-200_en.htm?locale=en

délai d'une semaine suivant la conclusion de l'accord et tolère la notification uniquement d'un projet de concentration⁴¹.

Par conséquent, les pratiques recommandées ont rapidement été légitimées et érigées en standard international par une organisation supranationale majeure comme l'Union européenne qui a entraîné dans son sillage plusieurs de ces Etats membres comme la France ou bien encore les Pays-Bas⁴².

En France, la loi n° 2004-134 du 9 décembre 2004 de simplification du droit a modifié l'article L. 430-3 du Code de commerce afin d'assouplir la procédure française de notification des concentrations en permettant de notifier un « *projet suffisamment abouti* »⁴³. Cette réforme, intervenue moins d'un an après l'entrée en vigueur du règlement 139/2004, a été mue directement par le souci de s'aligner sur l'article 4 dudit règlement. Dans le processus de réforme français, les pratiques recommandées des *international fora* ont été utilisées comme un argument supplémentaire⁴⁴ pour mettre en lumière plus intensément la nécessité d'assouplir le dispositif issu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 en vertu duquel la notification ne pouvait intervenir que lorsque les parties étaient « *engagées de façon irrévocable* »⁴⁵.

On peut estimer que la réforme française de 2004 est la résultante d'une influence verticale descendante de second degré. En effet, inspiré en partie par les pratiques recommandées de l'ICN, le règlement 139/2004 a été l'une des forces motrices de la réforme française du droit des concentrations. A l'instar de la France, la Suède, soumise à l'influence prépondérante du règlement 139/2004, s'est également engagée dans le cycle vertueux de la convergence en autorisant les parties à notifier une concentration lorsqu'elles font état de leur intention de réaliser l'opération prévue. Actée par la loi suédoise entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2008,

⁴¹ MONTI (M.), *European Competition Policy : Quo Vadis ?*, XX. International Forum on European Competition Policy Brussels, 10 Avril 2003. Consultable sur le site http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-03-195_en.htm?locale=en/.

⁴² ICN, *Report on the Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, avril 2005, *préc.*

⁴³ Article L. 430-3 du Code de commerce : « *L'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique* ».

⁴⁴ ICN, *Report on the Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, avril 2005. p. 6.

⁴⁵ ICN, *Report on the Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, Annex C. Selected Interview Responses Regarding Sources of Input on Merger Regime Changes, *préc.*

cette réforme a également été menée afin de se conformer à la pratique recommandée III sur le moment de la notification⁴⁶. Par ailleurs, afin de mieux cibler les opérations susceptibles d'avoir des effets sur le marché suédois, la loi de 2008 a entériné une proposition de révision des seuils de notification formulée par l'Autorité de la concurrence suédoise et inspirée par les pratiques recommandées de l'ICN comme l'a souligné le Président de l'Autorité de la concurrence suédoise⁴⁷.

S'agissant des seuils de notification, le *Bundeskartellamt* allemand a, *mutatis mutandis*, mené une démarche comparable d'exploitation du travail de l'ICN pour identifier les aspects de son droit à améliorer. En Europe, l'Allemagne dispose de l'expérience la plus importante en droit de la concurrence et notamment en droit des concentrations. Pourtant, nonobstant son rôle précurseur et son appartenance au sous-groupe sur les notifications et la procédure à l'origine des pratiques recommandées, l'Allemagne, à l'instar de l'Italie, de la Corée et de l'Espagne, n'était pas en totale conformité avec ces dernières lors de leur édicition⁴⁸.

La divergence procédurale du droit allemand avec les pratiques recommandées a longtemps été matérialisée par l'absence d'un seuil complémentaire relatif à une deuxième partie à la concentration. En effet, le contrôle était déclenché par un seuil mondial portant sur le chiffre d'affaires des parties à la concentration et un seuil national afférent à une seule partie à la concentration. Par conséquent, les seuils pouvaient être remplis par une seule partie à la concentration⁴⁹ contrairement à la recommandation I-C⁵⁰. Sur la base des travaux de l'ICN, le *Bundeskartellamt* a prôné l'introduction d'un seuil complémentaire pour la deuxième partie afin de réduire le champ d'application extensif du contrôle allemand. Suite à un intense travail de lobbying du *Bundeskartellamt*, cet écueil a été corrigé par la loi du 25 mars 2009 visant à éliminer certaines contraintes bureaucratiques. Le président à la fois de l'Autorité de la concurrence allemande et du Réseau international de concurrence, Andreas Mundt, a témoigné de l'influence directe de la pratique recommandée I-C sur l'introduction d'un second seuil local

⁴⁶ ICN, *Setting Notification Thresholds for Merger Review*, p. 30. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc326.pdf>.

⁴⁷ ICN, Mergers Working Group, *Tools for Change: Implementing the Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures*, Télé-séminaire, 13 avril 2010. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc610.pdf>.

⁴⁸ COPPOLA (M.) et LAGDAMEO (C.), *loc. cit.*, p. 299.

⁴⁹ RÖHLING (F.) et GUERIN (B.), *Allemagne : Récents développements en matière de contrôle des concentrations*, Concurrences n° 4-2008, p. 175.

⁵⁰ Pratique recommandée I-C : « Afin de définir l'élément de rattachement d'une opération de concentration à une autorité donnée, il conviendrait de considérer l'activité exercée dans cette même juridiction, mesurée d'après les activités exercées sur le territoire local par au moins deux parties prenantes à l'opération ».

relatif à une deuxième partie⁵¹. Concrètement, le Président du *Bundeskartellamt* a mis en exergue le fait que les notes explicatives accompagnant le projet de loi adopté en 2009 se référaient expressément aux pratiques recommandées⁵². En revanche, le Président de l'Autorité de la concurrence allemande ne mentionne pas le rôle du droit européen des concentrations dans le processus d'amendement du droit allemand des concentrations. S'il est indéniable que l'existence de ce même seuil local au niveau européen⁵³ a été un des facteurs qui a contribué à la réforme allemande, la volonté de se conformer aux standards internationaux de l'ICN semble avoir exercé une force d'attraction puissante. Dès lors, dans le cas de l'Allemagne, on peut émettre l'hypothèse d'une influence verticale plus directe et moins médiane que lors de la réforme française.

Au sein de l'Union européenne, la Finlande, la Suède et la République Tchèque ont également reconnu s'être directement fondées sur les pratiques recommandées pour évaluer leur droit des concentrations et identifier des aspects à améliorer notamment concernant les seuils de notification⁵⁴. S'agissant de ces Etats, il est très difficile de départir le moteur réel et prépondérant des ajustements formels. Par exemple, il est évident que les correctifs apportés en 2005 à la loi sur la concurrence tchèque de 2001 ont été élaborés afin de se conformer au règlement 139/2004 de l'Union européenne à laquelle la République Tchèque venait d'adhérer. Lors de la conférence annuelle de Moscou en 2007, le Président de l'Autorité de la concurrence tchèque, Martin Pecina a néanmoins rappelé l'importance cruciale des pratiques recommandées de l'ICN en dénommant la réforme qui a débouché sur la loi du 1^{er} octobre 2005 : « *l'ICN amendment* »⁵⁵. La loi Tchèque de 2005 se conforme notamment à la pratique recommandée I et IV relatives respectivement à l'élément de rattachement de l'opération de concentration avec l'ordre juridique concerné et aux périodes d'examen.

Par la suite, il a déclaré que l'Autorité de la concurrence tchèque avait l'intention de décliner les pratiques recommandées de l'ICN à la fois dans les normes contraignantes et dans la « *soft*

⁵¹ MUNDT (A.), *Focus, implementation, inclusiveness – The impact of the ICN*, Concurrences n° 4-2013, p.9.

⁵² ICN, Mergers Working Group, *Tools for Change: Implementing the Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures*, préc., p. 5.

⁵³ SCHMIDT (J-P.), *Merger Control: Germany facilitates implementation of M&A transactions*. Consultable sur le site <http://www.mayerbrown.com/publications/Merger-Control-Germany-Facilitates-Implementation-of-MampA-Transactions-06-25-2009/>.

⁵⁴ COPPOLA (M.) et LAGDAMEO (C.), *loc. cit.*, p. 309.

⁵⁵ PECINA (M.), *Implementing the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review*, Présenté lors de la 6^{ème} Conférence annuelle à Moscou en 2007. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc425.pdf>.

law ». Martin Pecina a précisé que l'élaboration du sixième amendement au *Competition act* de 2001 était une opportunité de mettre en œuvre notamment la pratique recommandée V qui évoque, entre autres, les procédures simplifiées. Finalement, le projet s'est concrétisé par une loi entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2009 introduisant une procédure de contrôle simplifiée probablement suite à l'influence de son autorité nationale.

Inexorablement, le phénomène d'influence verticale descendant s'est exercé sur les Etats aspirants à intégrer l'Union européenne comme la Croatie en 2004. Cet Etat a entrepris de réformer son droit des concentrations principalement pour s'aligner sur le règlement n° 139/2004 mais les pratiques recommandées de l'ICN ont été un outil supplémentaire de persuasion des autorités compétentes⁵⁶. Ainsi, dès le 29 avril 2004, la Croatie a adopté un règlement sur la notification et l'évaluation des concentrations⁵⁷ qui modifie la loi sur la concurrence de 2003 afin de se mettre en conformité avec le règlement 139/2004 adopté quatre mois plus tôt.

Ce puissant phénomène de normalisation formelle ne doit pas occulter la persistance des disparités nationales. Par exemple, en 2011, le droit des concentrations croates restait en contradiction avec les pratiques recommandées sur le moment de la notification et les délais d'examen⁵⁸. Le cas de la Croatie illustre une tendance globale selon laquelle l'alignement total vers les pratiques recommandées progresse mais reste un phénomène secondaire comparé aux rapprochements asymptotiques entrepris par une majorité d'Etats.

B) L'existence d'un mouvement de convergence partielle vers les pratiques I à V

Via ces pratiques recommandées, l'ICN est parvenu à exercer une influence interne (1) sur les membres de son réseau mais également une influence externe (2) sur les Etats dont les autorités ne sont pas membres du réseau pour les amener sur la voie d'une convergence partielle.

⁵⁶ ICN, *Report on the Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, avril 2005.

⁵⁷ HAID (C.), « Chapter 9 Croatia » in *The Merger Control Review*, Ilene Knable Gotts (ed.), 2010, p. 89.

⁵⁸ COPPOLA (M.) et LAGDAMEO (C.), *loc. cit.*, p. 317.

1) *L'influence interne de l'ICN : Focalisation sur le Brésil et l'Inde*

En raison des informations parcellaires livrées par certains Etats, l'étude menée en 2011 achoppe sur la quantification avec précision des Etats qui ont mis en œuvre des réformes de leur droit des concentrations tendant à se rapprocher des pratiques recommandées sans pour autant s'aligner totalement⁵⁹. Cependant, les changements récents menés par certains Etats montrent distinctement une volonté de s'inscrire dans le sillage des standards internationaux pour envoyer un signal positif aux opérateurs économiques. Les Etats sur les « rails » de cette convergence partielle sont souvent des pays émergents comme le Brésil et l'Inde mais il existe également des pays développés comme l'Italie.

Actuellement, on constate une certaine instabilité du droit des concentrations italien perturbante pour les entreprises. Une première réforme initiée en 2012 et devenue effective le 1^{er} janvier 2013 a remplacé le seuil de notification alternatif par un seuil de notification cumulatif basé sur le chiffre d'affaires de l'ensemble des parties à la concentration et sur le chiffre d'affaires de la cible en Italie. Lors d'un télé-séminaire, le Président de l'Autorité de la concurrence italienne a présenté les résultats de l'auto-évaluation du droit des concentrations italien par rapport aux pratiques recommandées sur la notification et la procédure⁶⁰. A travers cette auto-évaluation, il apparaît clairement que la réforme de 2012-2013 a aligné le droit des concentrations italien sur la pratique recommandée I basée sur l'élément de rattachement local⁶¹ et plus généralement sur les pratiques recommandées relatives à la notification et à la procédure.

Toutefois, durant cette présentation, le Président de l'Autorité de la concurrence italienne a manifesté son souhait de mettre en œuvre une seconde réforme consistant à abaisser le seuil local afin d'appréhender un nombre plus important d'opérations de concentration. En effet, le seuil actuel de 49 millions d'euros résultant de la première réforme serait inadapté à l'économie italienne composée d'un tissu de petites et moyennes entreprises dont le chiffre d'affaires dépasse rarement les 10 millions d'euros. Par conséquent, une seconde réforme a été initiée en 2014 afin de remplacer le seuil actuel de 49 millions d'euros par le seuil de 10 millions d'euros.

⁵⁹ Parmi ces Etats, on peut citer l'Argentine, le Brésil, la Corée du sud, l'Egypte, l'Espagne, l'Inde et la Russie.

⁶⁰ ICN, Merger Working Group, *How does your merger review regime conform to the ICN's Recommended Practices? A discussion of self-assessment tools*, préc., p. 18.

⁶¹ Pratique recommandée I-B et C.

Le Président de l'autorité de la concurrence italienne a déclaré qu'il avait consulté les documents de l'ICN⁶².

Cependant, on peut estimer qu'un tel amendement annihilerait l'effort de convergence mené par la première réforme en plaçant probablement l'Italie en contrariété avec la pratique recommandée relatif à l'élément de rattachement local. En effet, celle-ci met en garde contre l'instauration de seuils de notification trop faibles qui sont susceptibles d'induire « *des coûts de transaction inutiles et la mobilisation des ressources de l'autorité de concurrence, sans présenter d'avantages en retour du point de vue réglementaire* »⁶³. A la décharge de l'Italie, il faut reconnaître que la pratique recommandée rassemble des principes matriciels et laisse à la discrétion des Etats le soin de fixer le seuil précis en chiffre d'affaires susceptible de correspondre à l'exigence du degré suffisant de rattachement local.

Néanmoins, une approche comparée permet d'observer que le seuil envisagé est relativement faible car plusieurs pays dont la taille de l'économie et / ou le PIB est inférieur à celui de l'Italie ont des seuils locaux plus élevés comme la Belgique, les Pays-Bas, la Suède, la Finlande ou bien encore la Suisse⁶⁴. Le projet de modification a été soumis à une consultation publique et la plupart des entités qui sont intervenues jusqu'à présent déconseille à l'Italie d'entériner l'abaissement du seuil local⁶⁵. Si ce projet de réforme abouti, l'Italie se singulariserait car peu d'Etats se sont engagées sur la voie d'une plus grande conformité aux pratiques recommandées avant de s'en éloigner⁶⁶.

Même si, en l'espèce, les arguments sont discutables, le cas de figure italien pose plus globalement l'épineux problème de l'adaptabilité des standards internationaux aux spécificités nationales. Actuellement, les pratiques recommandées promeuvent une approche indifférenciée ou « *one size fits all* »⁶⁷. Néanmoins, on peut légitimement se demander s'il ne faudrait pas

⁶² ICN, Merger Working Group, *How does your merger review regime conform to the ICN's Recommended Practices? A discussion of self-assessment tools, préc.*, p. 22.

⁶³ Pratique recommandée I-C, commentaire 4.

⁶⁴ Voir notamment CAMPBELL (N.), *Consultation on Prior Notification of Concentrations*, Merger Streamlining Group, MacMillan, 28 février 2014. Consultable sur le site http://www.agcm.it/trasp-statische/doc_download/4233-merger-streamlining-group.html

⁶⁵ Voir notamment International Bar Association, Antitrust Committee's, Working Group Comment's Regarding the Italian Competition Authority's Proposed Amendments to the Merger Control Thresholds. Consultable sur le site <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=AF84E204-4F22-45A3-B885-3337D0B0575D>.

⁶⁶ COPPOLA (M.) et LAGDAMEO (C.), *loc. cit.*, p. 315.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 300.

établir des « best practices » ajustables en fonction des caractéristiques intrinsèques des Etats. Les membres de l'ICN ont réfléchi à cette problématique notamment lors d'un projet spécial présenté lors de la 8^{ème} conférence annuelle du Réseau qui s'est déroulée en Suisse⁶⁸. Ce projet spécial intitulé « *Droit de la concurrence et petites économies* » ne se cantonne pas à la seule question des fusions mais recense les points de vue d'autorités de la concurrence très hétéroclites sur l'ensemble des composantes du droit de la concurrence. Plusieurs autorités se définissant comme appartenant à de petites économies⁶⁹ ont prôné la reconnaissance de leur spécificité. Il ressort notamment de ce projet spécial que certaines autorités de la concurrence appartenant à de petites économies ont tendance à privilégier un seuil de déclenchement de l'obligation de notification d'une opération de concentration basée sur les parts de marché⁷⁰ contrairement aux recommandations de l'ICN qui prônent le recours aux critères du chiffre d'affaires.

Néanmoins, une éventuelle orientation pluridimensionnelle des « best practices » est sujette à caution car il est difficile de savoir où placer le curseur dans la prise en compte des particularismes nationaux. Il existe des risques évidents d'affaiblissement de la lisibilité et, à terme, de dilution des standards internationaux véhiculés par l'ICN. Une réponse idoine pourrait être apportée au stade de l'applicabilité des pratiques recommandées via une meilleure interaction entre les autorités concernées se définissant comme de petites économies et les groupes de travail à l'origine des pratiques recommandées. Au surplus, les membres du réseau qui appartiennent à de « petites économies » devraient peut-être faire l'objet d'un accompagnement plus important de la part du groupe sur l'*Advocacy*.

L'ICN a su favoriser le consensus durant sa phase de lancement mais il lui faut désormais se réinventer non seulement pour pérenniser le mouvement de rapprochement des droits de la concurrence nationaux mais également s'attaquer à des thématiques plus ambitieuses. Contrairement à la recherche de l'uniformisation, la poursuite de la convergence peut passer par la reconnaissance de la diversité enserrée dans le cadre de l'ICN. La problématique des

⁶⁸ ICN, *Competition Law in Small Economies*, Projet spécial pour la 8^{ème} Conférence annuelle préparé par l'Autorité de la concurrence suisse et l'Autorité de la concurrence israélienne. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc385.pdf>.

⁶⁹ *Ibid.* p. 32.

⁷⁰ *Ibid.* C'est le cas notamment de l'Autorité de la concurrence Israélienne et de l'Autorité de la concurrence de Jersey.

petites économies, sujet classique de la politique internationale de concurrence, pose la question de la stratégie la plus efficiente pour contribuer au rapprochement des droits de la concurrence.

Si l'on revient sur les grands traits de l'évolution des droits procéduraux des concentrations, on constate que les pays en voie de transition se sont inscrits de manière durable dans ce mouvement de convergence.

Au Brésil, le droit des concentrations a longtemps reposé sur la loi du 11 juin 1994 mais les réformes ultérieures successives ont permis de le rapprocher des standards internationaux comme les pratiques recommandées et ce faisant de faciliter la vie des affaires. A l'instar des autorités mexicaines⁷¹, les autorités de la concurrence nationales brésiliennes ont mis en œuvre la stratégie des « *petits pas* » en commençant par lancer des réformes ne nécessitant pas l'aval du législateur afin de susciter sinon l'engouement tout du moins l'intérêt de l'ensemble des acteurs du droit de la concurrence pour des changements plus amples. Par exemple, durant les années 2000, les autorités nationales de la concurrence ont, de concert, élaboré et modernisé une procédure informelle de *fast-track* évoquée par la pratique recommandée V. En 2009, la Colombie a également exploité cette pratique recommandée pour mettre en œuvre une procédure accélérée d'examen des concentrations⁷². Au Brésil, cette démarche a porté ses fruits et les autorités nationales de concurrence ont capitalisé sur les bénéfices de la procédure accélérée et continué à utiliser les pratiques recommandées pour mettre en lumière les lacunes du droit brésilien, légitimer la réforme auprès du législateur et influencer le contenu de la norme⁷³. Lors de la conférence annuelle de l'ICN à Moscou en 2007, la représentante de l'une des autorités de la concurrence brésiliennes, Ana Paula Martinez, a présenté l'utilité des pratiques recommandées pour insuffler la modification des linéaments procéduraux du droit des concentrations brésilien⁷⁴. L'une des autorités de la concurrence de ce pays n'a pas hésité à inviter des représentants de l'ICN pour plaider en faveur de la réforme en cours⁷⁵. Récemment, la loi n° 12529 du 30 novembre 2011, entrée en vigueur le 29 mai 2012, a été le vecteur d'une

⁷¹ COPPOLA (M.) et LAGDAMEO (C.), *loc. cit.*, p. 312.

⁷² ICN, *Statement of Achievements 2001-2013*, Présenté lors de la 12^{ème} Conférence annuelle de l'ICN à Varsovie, Pologne, 24-26, avril 2013, p. 16.

⁷³ COPPOLA (M.) et LAGDAMEO (C.), *loc. cit.*, p. 312.

⁷⁴ MARTINEZ (A-P.), *Brazil: Implementing ICN's Recommended Practices*, Présenté lors de la Conférence annuelle de l'ICN à Moscou en 2007, p. 2. Consultable sur le site <http://portal.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B6A7E2F19-B655-420B-BCAD-49D852823D3D%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>.

⁷⁵ COPPOLA (M.), *ICN Best Practice: Soft Law, Concrete Results*, Competition Policy International, Antitrust Chronicle, juillet 2011, p. 4.

simplification institutionnelle, d'un passage à un contrôle ex-ante et d'une modification des seuils de concentration afin d'appréhender uniquement les opérations de concentration qui comportent un élément de rattachement suffisant à la juridiction. Si l'ensemble de ces changements vont dans le sens des recommandations du groupe de travail sur les concentrations, l'exemple de l'instauration d'un critère de rattachement de l'opération au Brésil est topique d'un mouvement de convergence parcellaire. En effet, l'incorporation d'un tel critère est conforme avec la pratique recommandée I mais le Brésil s'est arrêté au milieu du gué car le calcul des nouveaux seuils de notification est basé, entre autres, sur les ventes et les actifs de l'ensemble du groupe auquel appartient l'entreprise acquise⁷⁶. Or la pratique recommandée n°1 préconise de prendre en compte uniquement les ventes et/ou les actifs de l'entreprise ou des entreprises en cours d'acquisition.

Dans ce mouvement de convergence, le Brésil est accompagné par d'autres pays appartenant aux « BRICS » comme l'Inde. Le droit de la concurrence indien a été mis en œuvre très progressivement à partir de 2002. Suite à un long processus d'acculturation au droit de la concurrence, l'Inde s'est finalement dotée d'un droit des concentrations effectif en 2011 partiellement conforme avec les pratiques recommandées de l'ICN⁷⁷.

Cet alignement est la résultante à la fois d'une intériorisation spontanée et d'une pression exercée par les organismes privés pour que l'Inde s'aligne sur les standards internationaux. Ainsi, l'exemple indien nous donne à voir un mouvement mêlé de convergence cognitive et forcée directement produit par le réseau. Les *statements of achievements* font également état de ce mode de pression des associations privées internationales sur la Slovaquie probablement lors de la consultation publique lancée en juillet 2011 par l'Autorité nationale de concurrence et qui a débouché sur une loi entrée en vigueur en 2012 modifiant profondément le droit des concentrations slovaque⁷⁸. Parfois, existe le phénomène inverse où ce sont les autorités de la concurrence qui utilisent les pratiques recommandées pour convaincre les groupes de pressions nationaux des bienfaits de la réforme comme dans le cas de la Zambie⁷⁹.

⁷⁶ SCHAEFFER (F.) et HARPER (M.), *A Fundamental Shift: Brazil's New Merger Control Regime and Its Likely Impact On Cross-Border Transactions*, p. 5.

⁷⁷ CAMPBELL (N.) et O'CARROLL (S.), *Merger Control in India: Partial Implementation of the ICN Recommended Practices*, Competition Policy International, Antitrust Chronicle, 14 juillet 2011.

⁷⁸ ICN, *Statement of Achievements 2001-2013*, préc., p. 16-17.

⁷⁹ COPPOLA (M.) et LAGDAMEO (C.), *loc. cit.*, p. 310.

Dans le cas de l'Inde, un projet intitulé « *combinations regulations* » a été dévoilé le 1^{er} mars 2011. Soumis à la consultation publique, certaines entités comme l'Association internationale du barreau ont poussé l'Inde à modifier certains aspects de son projet en raison de leur non-conformité aux pratiques recommandées⁸⁰. Par exemple, *l'International Bar association* a souligné le fardeau excessif imposé aux parties lors de la phase initiale de l'examen du dossier et ce alors même que la pratique recommandée V postule que : « *les obligations relatives à la notification initiale devraient se limiter aux informations nécessaires pour vérifier si la transaction dépasse les seuils de notification de la juridiction, pour déterminer si la transaction peut entraîner des risques en matière de concurrence nécessitant une enquête approfondie ainsi que pour prendre les mesures nécessaires afin de clore l'examen des transactions qui ne requièrent pas une enquête approfondie* ».

L'Autorité de la concurrence indienne, la Commission indienne de la concurrence (*Competition Commission of India ou CCI*) a sinon revu du moins modifié sa copie et intégré ces préconisations en réduisant le fardeau imposé aux parties lors de son projet ultérieur dévoilé en mai 2011⁸¹.

En Asie, l'exemple de l'Inde n'est pas esseulé et d'autres Etats sont dans un processus de convergence légale partielle encore plus avancée comme la Corée du Sud. Lors de la huitième conférence annuelle de l'ICN organisé à Zurich, un représentant de l'Autorité de la concurrence coréenne a reconnu que l'accroissement des seuils de notification « *répondait directement aux recommandations de l'ICN* »⁸². Durant un télé-séminaire organisé le 13 avril 2010, l'un des responsables du département concentrations de l'Autorité de la concurrence sud-coréenne, Jongbae Park, a réaffirmé le rôle crucial de la pratique recommandée I pour promouvoir la hausse des seuils de notification⁸³ qui a débouché le 1^{er} juillet 2008 sur la modification du décret d'application de la loi de réglementation des monopoles et des pratiques commerciales.

⁸⁰ International Bar Association, *Antitrust Committee Working group in India's proposed mandatory merger notification regime*. Consultable sur le site <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=434F5661-D5E8-48C9-A147-59CB03E74605>.

⁸¹ Voir notamment India's New Merger Control Regime: Final Regulations Published. Consultable sur le site http://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFs/India_merger_control_client_briefing_May_2011.pdf.

⁸² COPPOLA (M.), *loc. cit.*, p. 4.

⁸³ ICN, Mergers Working Group, *Tools for Change: Implementing the Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures*, *préc.*

Par conséquent, l'ICN a considérablement influé sur les règles procédurales en matière de fusions mais son audience a dépassé le cercle de ses membres pour atteindre des Etats dont les autorités ne font pas parties du réseau comme la Chine.

2) *L'influence externe de l'ICN : l'exemple de la Chine*

Les *statements of achievements* soulignent de manière opportune l'impact des pratiques recommandées sur le droit de la concurrence chinois⁸⁴. Cette influence s'exerce par le biais d'acteurs privés influents qui s'appuient sur les pratiques recommandées de l'ICN pour suggérer des améliorations et proposer la modification des projets de réforme qui leur sont soumis.

Dans le cas de la Chine, le projet de loi anti-monopole du 8 avril 2005, instituant un droit antitrust et modifiant substantiellement le régime de contrôle des concentrations, a été soumis à une consultation publique. Lors de ce processus, l'Association américaine du barreau a formulé plusieurs propositions à la Chine⁸⁵ en s'appuyant sur les pratiques recommandées édictées par le groupe de travail sur les concentrations de l'ICN. Parmi ces préconisations, l'Association américaine du barreau a expressément conseillé à la Chine d'abandonner les seuils de notification fondés sur les parts de marché, critères sujets à caution et non conforme à la pratique recommandée II – B qui prône la rétention de critères objectivement quantifiables comme le chiffre d'affaires ou le montant des actifs et des ventes.

Si ces recommandations sont purement formelles, la nouvelle loi anti-monopole de la Chine, entrée en vigueur le 1er août 2008, a été expurgée du seuil en part de marché⁸⁶. Cette modification laisse augurer de la volonté des autorités compétentes chinoises de se conformer aux pratiques recommandées érigées en véritable standards internationaux. Cet exemple nous donne à voir un phénomène de convergence médiat résultant de la pression informelle de l'Association américaine du barreau.

⁸⁴ ICN, *Statement of Achievements 2001-2013, préc.*, p. 16.

⁸⁵ American Bar Association, *Joint Submission of the Sections of Antitrust Law, Intellectual Property Law and International Law on the Proposed Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China*. Consultable sur le site http://apps.americanbar.org/intlaw/committees/business_regulation/antitrust/chinacommentantimonopoly.pdf.

⁸⁶ SÖDERLIND (E.), CHENG (Y.), HUANG (C.), *Merger control in China: Still a long way to go*, *Concurrences* n° 3-2008, p. 177.

Sous l'influence conjuguée de l'ICN et des procédures existantes aux Etats-Unis⁸⁷ et en Europe⁸⁸, les autorités chinoises ont annoncé, en avril 2013, la création d'une procédure d'examen pour les opérations de concentration qui ne soulèvent pas de problèmes de concurrence⁸⁹. Ce projet a été soumis à une consultation publique au cours duquel l'ABA est intervenue pour rappeler que l'ICN recommandait l'adoption de ces procédures à la fois dans ses pratiques recommandées et ses principes directeurs pour la notification et l'examen des concentrations⁹⁰. Devenue effective le 12 février 2014⁹¹, la procédure simplifiée chinoise illustre l'influence externe de l'*International Competition Network* sur les rares Etats dont les autorités de la concurrence restent en dehors du réseau. A travers cet exemple, on peut remarquer que cet organisme accroît la visibilité internationale des travaux du réseau en les diffusant au-delà du cénacle de ses membres.

Le cas de figure de la Chine témoigne du succès de l'ICN mais reste insatisfaisant car une absence prolongée des autorités de la concurrence chinoises pourrait bien obérer considérablement sa phase de maturation.

Quoiqu'il en soit, l'ICN a déjà su créer un phénomène puissant de confluence formelle dans le domaine des concentrations durant sa phase d'impulsion. Le rapprochement des droits nationaux des concentrations sur le terrain procédural est indéniablement la réussite la plus tangible de l'ICN. Il est simplement regrettable que l'ICN n'ait pas mené une étude visant à mesurer les bienfaits de ces homogénéisations partielles en terme de réduction de coûts tant pour les entreprises que pour les autorités de la concurrence. Si l'on revient sur la nature des convergences, on constate que le rapprochement des règles procédurales a été assez naturel et

⁸⁷ McDermott Will & Emery, *China's Merger Control Rules Changing: MOFCOM Publishes New Draft Regulations on Remedies and Simple Cases*. Consultable sur le site <http://www.mwe.com/Chinas-Merger-Control-Rules-Changing-MOFCOM-Publishes-New-Draft-Regulations-on-Remedies-and-Simple-Cases-04-17-2013/>. Consultable sur le site <http://www.mwe.com/Chinas-Merger-Control-Rules-Changing-MOFCOM-Publishes-New-Draft-Regulations-on-Remedies-and-Simple-Cases-04-17-2013/#>.

⁸⁸ Voir notamment FARMER (B.), *MOFCOM Publishes Interim Regulations on Standards for Simple Mergers and Requests Public Comments*, *Competition policy international*, 18 juin 2013, p. 3.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁹⁰ American Bar Association, *Comments of the Section of Antitrust Law and Section of International Law on the MOFCOM Draft Interim Regulation on Standards Applicable to Simple Cases of Concentrations of Concentrations of Business Operators*, 16 mai 2013.

Consultable sur le site http://www.american-bar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_simple_20130516.authcheckdam.pdf.

⁹¹ JEPHCOTT (M.), *The new Standards on Simple Cases for Merger Control Review issued by China's MOFCOM and some comparisons with the EU merger control simplification measures*. Consultable sur le site <http://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/Files/ebulletins/2014/20140221%20-%20The%20new%20Standards%20on%20Simple%20Cases%20for%20Merger%20Control%20Review.htm>

spontané à ses débuts. En ce sens, le domaine du droit procédural des concentrations est l'un des terrains privilégié d'observation du phénomène de convergence cognitive. On remarque également des formes moins spontanées de convergence qui résultent de la pression des pairs. A cet égard, la publication annuelle d'un « *statement of achievements* » par l'ICN accentue cette forme de contrainte informelle exercée par les autres membres du réseau, ce document désignant itérativement les bons élèves de la compliance. Pour autant, les procédures nationales restent éparses et de nombreux efforts sont à fournir pour cheminer vers l'harmonisation ou tout du moins la convergence sur les aspects procéduraux essentiels.

Conformément à son objectif original, l'ICN a également cherché à rapprocher les règles substantielles du droit des concentrations avec un succès plus modéré.

II - L'ICN vecteur d'accompagnement du processus de convergence substantielle des droits des concentrations

Le groupe de travail sur les concentrations de l'ICN a étendu son spectre de réflexion à l'analyse substantielle des concentrations. Le sous-groupe de travail n°2 dédié aux règles substantielles du droit des concentrations a déployé ses efforts pour faciliter la convergence dans ce domaine. Par exemple, ce sous-groupe a développé un manuel sur les techniques d'investigation pour l'examen des concentrations⁹² et un manuel rassemblant des principes directeurs sur les concentrations⁹³. Ce dernier document, adopté lors de la 5^{ème} Conférence Annuelle de l'ICN, au Cap, en mai 2006, est un guide pratique à destination des membres du réseau pour les aider à évaluer une opération de concentration.

L'ICN a également poursuivi son travail de rédaction de « *best practices* ». Adoptées lors de la 7^{ème} conférence annuelle de l'ICN à Kyoto en 2008, les trois premières pratiques recommandées ont porté sur le cadre juridique de l'analyse des opérations de concentration, l'utilisation des parts de marché, des seuils de notification et présomptions et enfin sur l'entrée et/ou le développement de concurrents actuels sur le marché. En 2009 et en 2010 ont été adoptées cinq autres recommandations relatives aux analyses d'effets concurrentiels dans les fusions

⁹² ICN, *Investigative Techniques Handbook*, Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc322.pdf>.

⁹³ ICN, *Merger Guidelines Workbook*, Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>.

horizontales, aux effets unilatéraux, aux effets de coordination, à la définition des marchés pertinents dans l'analyse des opérations de concentrations et à la notion d'entreprise défaillante/d'actifs sortants⁹⁴.

Ces pratiques recommandées sont clairement le reflet d'un consensus international autour d'un modèle d'origine américaine qu'il s'agisse de l'incorporation du SSNIP test pour définir les marchés pertinents, de la théorie des effets unilatéraux et coordonnées ou bien encore de la notion d'entreprise défaillante⁹⁵. La diffusion du modèle américain est fluide dans les domaines où l'analyse économique est prépondérante comme dans le cas du contrôle des concentrations⁹⁶, royaume de la prospective économique.

La réception de ces pratiques recommandées a été massive comme en témoigne les résultats du sondage réalisé en 2010 par l'ICN au cours duquel 93% des membres de l'ICN déclarent être familiers avec les pratiques recommandées sur l'analyse des concentrations et 85% rapportent qu'ils ont utilisés ces pratiques recommandées pour l'analyse des concentrations⁹⁷. Par conséquent, ces résultats font ressortir le fait que les pratiques recommandées sur l'analyse des concentrations ont été plus amplement utilisées que les pratiques recommandées sur la notification et la procédure qui sont pourtant l'un des principaux succès de l'ICN⁹⁸.

Le développement de pratiques recommandées supplémentaires relatives à l'analyse des concentrations est même le travail le plus attendu par les membres de l'ICN juste avant l'élaboration de nouvelles réflexions afférentes à l'analyse économique des concentrations⁹⁹.

Paradoxalement, il est difficile d'observer concrètement des exemples de l'influence déterminante des pratiques recommandées sur le processus de convergence substantielle des droits des concentrations, ce qui laisse augurer de son impact secondaire (A) mais la situation pourrait évoluer en raison de la persistance des divergences et du rôle potentiel de l'ICN (B).

⁹⁴ ICN, *Recommended practices for Merger Analysis*, Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc316.pdf>.

⁹⁵ DAUDRET (J.) et SOUTY (F.), *loc. cit.*, p. 185.

⁹⁶ IDOT (L.), *Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence*, *Concurrences* n° 4-2012, p. 10.

⁹⁷ ICN, *Merger Working Group Assessment, 2010-11, préc.*, p. 3.

⁹⁸ *Ibid.* : « Over 75% of responding members reported use of the Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures ».

⁹⁹ *Ibid.*

A) L'impact secondaire de l'ICN sur le processus de convergence substantielle des droits des concentrations

En réalité, les documents de l'ICN ont été adoptés postérieurement à l'amorce et au développement de la convergence des principaux pays développés dans le domaine. En effet, en 2004, le Réseau international de concurrence a passé au crible les lignes directrices sur l'analyse des concentrations de 13 Etats et entités supranationales parmi lesquels 11 étaient des pays développés. Cette étude a montré que sur ces 11 Etats et entités supranationales, 7 avaient déjà recours au test sur la restriction de la concurrence, au test du monopoleur hypothétique, à la théorie des effets unilatéraux, des effets coordonnés et à la théorie des efficiences¹⁰⁰. A l'exception notable de l'Allemagne, le Japon, la Finlande, les Etats-Unis, le Canada et l'Union européenne partageaient déjà la même approche sinon opérationnelle du moins formelle. Il apparaît clairement que les droits des concentrations des pays développés se sont rapprochés, dans une certaine mesure, du modèle référent américain et ce antérieurement aux premiers travaux de l'ICN sur le sujet.

S'agissant de la définition des marchés pertinents, la Commission européenne s'est ralliée, en 1997 au test du monopoleur hypothétique (ou « *SSNIP test* ») introduit formellement pour la première fois aux Etats-Unis dès 1982 dans les lignes directrices sur le contrôle des concentrations. Le but du test du monopoleur hypothétique est de déterminer le plus petit groupe de biens pour lequel une hausse de prix légère mais significative (généralement 5 à 10 %) et non transitoire serait profitable à une entreprise hypothétique qui contrôlerait l'ensemble des biens considérés.

La perméabilité aux méthodes d'analyse du modèle américain est également particulièrement prégnante pour le critère d'examen des fusions. Ainsi, l'Australie en 1992, la Nouvelle-Zélande en 2001, le Royaume-Uni en 2002 et l'Union européenne en 2004 ont délaissé le critère de la position dominante au profit du critère de la réduction substantielle de la concurrence (ci-après test « *SLC* ») ou de l'entrave significative à une concurrence effective (ci après test « *SIEC* »). En 2004, la rétention par le règlement 139/2004 du test SIEC est la résultante d'une influence horizontale du modèle américain et d'une influence verticale

¹⁰⁰ ICN, Merger Working Group, Analytical Framework Subgroup, *Project on merger guidelines*, Rapport présenté lors de la 3ème Conférence annuelle à Séoul, avril 2004. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc563.pdf>.

ascendante des droits nationaux de certains Etats membres. En effet, l'abandon du critère structuraliste de la dominance et l'adoption du test SIEC renforce l'inclusion de l'analyse économique et rapproche incontestablement le droit de l'Union européenne du droit américain où le test SLC s'est progressivement imposé dans les années 90 à la faveur de l'influence prépondérante de l'école de Chicago. Si l'ajustement du modèle européen par rapport au modèle américain est un phénomène classique en droit de la concurrence, on constate également une forme d'influence verticale ascendante du modèle français sur le test d'appréciation européen. En effet, l'adoption du SIEC test est la résultante d'un compromis entre les tenants du maintien du test de dominance et les partisans de la reprise du test SLC nord-américain. Dans la recherche de cette voie médiane, le droit de l'Union européenne a puisé dans le test d'appréciation français adopté en 2001¹⁰¹. Il existe toujours une divergence formelle entre le test SLC et le test SIEC mais celle-ci est en réalité presque une variation sémantique au vu de l'importante convergence dans leur mise en œuvre.

Ainsi, le fait que les principaux documents de l'ICN soient arrivés postérieurement à la vague de rapprochement des règles substantielles sur les fusions peut expliquer le confinement de son rôle à l'accompagnement du processus de convergence. Cependant, cette assertion est contestable car même lors des conversions récentes de certains Etats qu'ils soient développés ou émergents, les pratiques recommandées et plus généralement les travaux de l'ICN ne se sont pas installés comme les standards internationaux de référence.

Dans le cas de l'Allemagne, la huitième réforme de la loi relative aux restrictions de concurrence (GWB), entrée en vigueur le 30 juin 2013, rapproche le droit des concentrations allemand des règles européennes notamment en remplaçant le test de dominance par le test SIEC. Cette réforme a été menée dans le souci de combler un « *enforcement gap* »¹⁰² et de s'aligner sur le droit européen des concentrations. Dans cette voie, le législateur allemand et les partisans de la réforme comme l'Autorité de la concurrence allemande ne se sont pas référés aux pratiques recommandées de l'ICN.

Cette faible influence est corroborée par le processus d'adoption des nouvelles lignes directrices du *Bundeskartellamt* qui a précédé la réforme de la loi relative aux restrictions de concurrence de 2013. Avant la publication de ces lignes directrices en mars 2012, le *Bundeskartellamt* a

¹⁰¹ IDOT (L.), *loc.cit.*, p. 3.

¹⁰² MUNDT (A.), *The Bundeskartellamt and the way ahead*, Concurrences n° 3-2011, p. 10.

soumis son projet à consultation publique. De nombreux groupes de pressions sont intervenus pour saluer l'intégration d'une approche plus économique de l'analyse des fusions et pour recommander certaines améliorations. Néanmoins, il est intéressant de remarquer que ces organisations privées n'ont jamais mentionné les travaux de l'ICN alors qu'ils sont d'habitude si prompts à s'y référer notamment en matière procédurale¹⁰³. Cette visibilité moindre sur la scène internationale obère à la fois le phénomène de convergence cognitive résultant de la connaissance et de l'intériorisation par les décideurs des référentiels de l'ICN et le phénomène de convergence forcée découlant de la pression des pairs.

L'exemple du processus de révision des lignes directrices de l'Australie en 2008 confirme cette tendance. Lors du processus de consultation publique, l'ABA a commenté le projet en se référant uniquement aux lignes directrices américaines et aux lignes directrices de l'Union européenne¹⁰⁴.

Les travaux de l'ICN en matière substantielle ne semblent pas non plus avoir eu une influence décisive sur les pays en voie de développement.

En Afrique, le droit de la concurrence s'est développé au niveau national, mais aussi et surtout dans le cadre des organisations d'intégration économique régionales comme le Marché commun de l'Afrique orientale et Australe créée en 1994. Cette organisation supranationale regroupe 19 Etats africains¹⁰⁵. Le COMESA a adopté un règlement sur la concurrence en 2004 qui prévoit, entre autres, un contrôle des fusions mais celui-ci est devenu réellement effectif en janvier 2013 lorsque la Commission de la Concurrence du COMESA (ci-après « CCC ») a « finalement - et tout à coup - ouvert ses portes »¹⁰⁶. Peu après, la CCC a décidé d'établir des lignes directrices afin de rendre sa pratique décisionnelle plus transparente et plus lisible pour les opérateurs économiques. Là encore, le projet de lignes directrices a été soumis à une

¹⁰³ Voir notamment American Bar Association, *Comments of the Section of Antitrust Law and Section of International Law on the MOFCOM Draft Interim Regulation on Standards Applicable to Simple Cases of Concentrations of Concentrations of Business Operators*, 16 mai 2013. Consultable sur le site http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_simple_20130516.authcheckdam.pdf.

¹⁰⁴ American Bar Association, *Joint Comments of the Section of Antitrust Law and Section of International Law on Australian Consumer and Competition Commission Draft Merger Guidelines 2008*. Consultable sur le site http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_ausdraftmerger.pdf

¹⁰⁵ Le COMESA rassemble le Burundi, les Comores, la République démocratique du Congo, Djibouti, l'Egypte, l'Erythrée, l'Ethiopie, le Kenya, la Libye, Madagascar, le Malawi, L'île Maurice, le Rwanda, les Seychelles, le Soudan, le Swaziland, l'Ouganda, la Zambie, le Zimbabwe.

¹⁰⁶ OXENHAM (J.), STARGARD (A.), *Crossing the competition rubicon : Internationalising African antitrust through COMESA*, *Concurrences* n° 3-2013, pp. 198-203.

consultation publique le 9 avril 2013 et de nombreux représentants de la société civile sont intervenus pour suggérer des clarifications ou des renoncements à certaines orientations. Ce fut le cas de *l’American bar of association* qui a commenté le projet de lignes directrices en se référant constamment aux pratiques recommandées de l’ICN pour l’aspect procédural. En revanche, s’agissant de l’aspect substantiel du projet, l’ABA s’appuie principalement sur les lignes directrices en vigueur aux Etats-Unis et ne mentionne les lignes directrices de l’ICN qu’à une seule reprise¹⁰⁷. Ces commentaires de l’ABA mettent en exergue le contraste entre la sphère procédurale et la sphère substantielle et *in fine* laissent augurer de l’impact diffus de l’ICN sur ce second pôle du droit des concentrations.

En 2013, l’ICN a développé un formulaire destiné à permettre à ses membres d’auto-évaluer le degré de conformité de leur droit substantiel des concentrations par rapport aux pratiques recommandées¹⁰⁸. Ce document est le pendant de celui existant en matière de droit procédural des concentrations. Comme le souligne la Taiwan Fair Trade Commission (ci-après « TFTC »), ces outils d’évaluation établis par le réseau sont intéressants car ils permettent aux personnels des autorités de la concurrence de se familiariser avec les pratiques recommandées, d’évaluer objectivement leur droit de la concurrence national et d’identifier des pistes d’amélioration¹⁰⁹. Cependant, la TFTC reste très évasive sur les résultats de l’auto-évaluation de son droit substantiel des concentrations. A l’heure actuelle, l’ICN et ses membres ont été beaucoup plus prolixes sur les résultats de cet audit en matière procédurale¹¹⁰. Par conséquent, l’absence de publication des résultats de ces auto-évaluations rend la réalité de l’adhésion aux pratiques recommandées sur l’analyse des concentrations difficile à établir.

D’autres exemples témoignent de la difficulté de trouver des preuves tangibles de l’impact du réseau. Ainsi, lors d’un discours en 2013, Maureen Ohlhausen, Commissaire à la *Federal Trade Commission*, a laissé entendre que le Chili, la Corée du sud, la Finlande, l’Allemagne,

¹⁰⁷ American Bar Association, *Section of Antitrust Law And Section Of International Law In Response to the COMESA Competition Commission’s Request For Comments On the Proposed Draft Guidelines to the COMESA Competition Regulations, 2004* Consultable sur le site http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/international_law/comments_sal_sil_re_comesa_draft_guidelines_6_5_2013.pdf.

¹⁰⁸ ICN, *Merger Analysis Self-assessment*, consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc915.pdf>.

¹⁰⁹ ICN, Merger Working Group, *How does your merger review regime conform to the ICN’s Recommended Practices? A discussion of self-assessment tools*, Télé-séminaire, 10 avril 2014.

¹¹⁰ *Ibid.*

Singapour, la France et le Portugal s'étaient inspirés des pratiques recommandées sur l'analyse des concentrations publiées en 2009 pour renouveler leur approche sur les fusions¹¹¹.

Cependant, l'impact précis des documents de l'ICN sur ces Etats est difficile à prouver comme le montre l'expérience chilienne. Lors d'une table ronde organisée par l'OCDE sur « *Les Preuves économiques dans l'analyse des fusions* » qui s'est tenue en février 2011, La *Fiscalía Nacional Económica* (ci-après « FNE »), l'Autorité de la concurrence chilienne, membre actif du groupe de travail de l'ICN sur les concentrations, a souligné qu'elle s'appuyait sur les travaux de l'ICN notamment lors de l'examen d'une fusion¹¹². En 2012, la FNE, l'autorité de la concurrence chilienne a publié des lignes directrices relatives à l'examen des concentrations suite à un processus de consultation publique auquel a participé notamment l'Autorité de la concurrence américaine. Directement interrogé sur l'influence ou non de l'ICN, le Président de l'Autorité de la concurrence chilienne a indiqué que les lignes directrices de 2012 étaient le fruit de l'inspiration diffuse d'une myriade de modèles sans mettre en exergue précisément les documents de l'ICN¹¹³.

L'absence d'influence décisive sur le processus de convergence substantielle des travaux de l'ICN s'explique par la concurrence et l'antériorité des *guidelines* américaines en matière de concentrations horizontales. Edictées dès 1968, ces lignes directrices, publiées par le DOJ et la FTC pour éclairer leur pratique décisionnelle, bénéficient d'une légitimité importante car les Etats-Unis sont les premiers à avoir eu recours à ce procédé. Les *guidelines* ont fait l'objet d'une refonte en 1982 et d'adaptations périodiques en 1984, 1992, 1997 et dernièrement en 2010. Par-delà les modernisations successives, ces instruments de *soft law* ont joué un rôle crucial dans l'émergence d'une convergence internationale en matière d'examen substantiel des concentrations. En effet, les lignes directrices américaines ont profondément influencé à la fois les Etats développés et les Etats émergents dans la révision de leur approche sur les fusions. Dans le sillage des Etats-Unis, une première vague d'Etats développés se sont dotés de lignes

¹¹¹ OHLHAUSEN (M.), *Update on International Cooperation and Convergence*, Remarks of Commissioner, Federal Trade Commission Fourth Annual Chicago Forum on International Antitrust Issues Northwestern University School of Law, 13 juin 2013, p. 9.

¹¹² OCDE, *Table ronde sur les preuves économiques dans l'analyse des fusions*, février 2011, p. 107.

¹¹³ ABBOTT (A.), *Interview with Felipe Irurozabal, Chile's National Economic Prosecutor*, The Antitrust Source, 9 avril 2013, p. 5 : « *We finally approved the final version and we looked at all the models, really. It's probably a mix, depending on the particular aspect of the guidelines. We looked at all the merger guidelines that were in force in that year.* ».

directrices comme le Canada en 1990, l'Australie en 1996 et le Japon en 1998¹¹⁴. Au surplus, les enceintes internationales comme l'ICN ont donné une visibilité accrue à ces lignes directrices au détriment parfois de leurs propres travaux. Par exemple, l'ICN a diffusé les nouvelles lignes directrices des Etats-Unis sur son site.

Actuellement limité, le rôle de l'ICN pourrait s'accroître au vu du caractère erratique de la convergence des droits substantiels des concentrations.

B) Divergences persistantes et rôle potentiel de l'ICN

Les divergences d'analyse subsistent non seulement entre les pays développés et les pays émergents mais également entre les pays développés. Ainsi, on peut observer des dissensions sur les objectifs du contrôle des concentrations. La majorité des Etats s'accordent pour contrôler les concentrations dans l'optique d'éviter la création ou le renforcement d'un pouvoir de marché préjudiciable au bien-être du consommateur. Toutefois, dans certains Etats le droit de la concurrence et notamment le droit des concentrations est arrimé à d'autres finalités extra-concurrentielles comme la Chine, l'Allemagne ou bien encore l'Afrique du Sud¹¹⁵. L'exemple sud-africain est topique de la diversité des buts susceptibles de sous-tendre le contrôle des concentrations et de la perméabilité de la matière aux circonstances socio-politiques nationales. Par exemple, l'office de l'Autorité de la concurrence sud-africaine est de favoriser une pluralité d'objectifs comme l'emploi ou bien encore la favorisation de l'accroissement de la propriété des personnes historiquement désavantagées.

Inéluctablement, ces différences d'objectifs se répercutent sur l'analyse des effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration. Dans les pays en voie de transition essentiellement, le risque est de voir l'examen d'une opération de concentration phagocyté par des considérations de politique industrielle.

Sans être exhaustif, on peut remarquer également des nuances notamment dans le rôle accordé à la définition du marché directement liées aux nouvelles lignes directrices américaines. En

¹¹⁴ BRANDENBURGER (R.) et MATELIS (J.), *The 2010 U.S. Horizontal Merger Guidelines: A Historical and International Perspective*. Consultable sur le site <http://www.justice.gov/atr/public/articles/280478.htm>.

¹¹⁵ FULLERTON (L.) et ALVAREZ (M.), *Convergence in International Merger Control*, Antitrust, Vol. 26, No. 2, Spring 2012, p. 21.

effet, ces *guidelines* accordent une place très secondaire à la définition du marché. Ceci est déploré notamment par l'association américaine du barreau¹¹⁶. A contrario, en Australie, au Canada, en France, au Royaume-Uni, les lignes directrices font de la définition du marché une étape nécessaire même s'il ne s'agit pas d'une fin en soi¹¹⁷.

Par ailleurs, on peut remarquer une différence d'approche des autorités américaines et européennes en matière de concentrations non horizontales. Outre-Atlantique, il existe un réel désintérêt pour les concentrations verticales et conglomérales symbolisé par l'absence de révision des *guidelines* depuis 1984. A contrario, la Commission européenne semble plus encline à analyser les effets non horizontaux même si l'atteinte significative à la concurrence est rarement retenue¹¹⁸.

Sur ces terrains de dissensus, les travaux du Réseau international de concurrence demeurent pleinement exploitables. Les espaces potentiels « d'expression » et « d'exportabilité » de ces travaux sont d'autant plus importants que l'on constate un affaiblissement du caractère didactique des dernières lignes directrices américaines de 2010. De nombreux observateurs avisés ont mis en exergue le contraste entre l'indétermination des *guidelines* américaines de 2010 et la clarté de celles de 1982¹¹⁹. D'aucuns reprochent même à ces nouvelles lignes directrices d'assombrir les perspectives de convergence internationale dans le domaine des concentrations¹²⁰. Les *guidelines* américaines de 2010, conformes à la casuistique inhérente au contrôle moderne des fusions, fournissent un meilleur reflet de la pratique décisionnelle des juridictions américaines et témoignent du raffinement de l'analyse des concentrations outre-Atlantique.

Néanmoins, ces lignes directrices sont difficilement exportables dans les pays émergents à la recherche d'une grille d'analyse des opérations de concentrations plus balisée. Ce constat n'est pas le fruit d'un désaccord substantiel, les jeunes autorités de la concurrence des pays en voie de transition n'étant pas rétives à l'analyse économique. En effet, il n'existe pas d'opposition

¹¹⁶ American Bar Association, *HMW Revision Project – Comment Project n° P092900, June 4, 2010*. Consultable sur le site http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_2010_hmg.pdf.

¹¹⁷ BRANDENBURGER (R.) et MATELIS (J.), *loc. cit.*

¹¹⁸ MIDOT (L.), *Le contrôle transatlantique des concentrations d'entreprises : étude comparative des pratiques décisionnelles de la FTC et de la Commission européenne depuis le 1^{er} mai 2004*, Université Panthéon-Assas, Mémoire, p. 99.

¹¹⁹ BLUMENTHAL (W.), *Thy Lamp Unto the World: International Convergence After the 2010 Guidelines*, Competition Policy International, Antitrust Journal., Octobre 2010, p. 4.

¹²⁰ FULLERTON (L.) et ALVAREZ (M.), *loc. cit.*, p. 20.

de principe à l'utilisation des méthodes économiques. On peut même observer une réelle appétence pour mieux appréhender l'analyse économique comme en témoigne le sondage de 2010 où les membres du réseau ont placé les problématiques de l'analyse économique comme le second travail le plus attendu de la part du groupe de travail sur les concentrations¹²¹. Ce vœu a été exaucé en 2013, l'ICN ayant intégré au manuel sur les techniques d'examen des concentrations, un chapitre 4 relatif au « *Rôle des économistes et des preuves économiques dans l'examen d'une concentration* »¹²².

S'il n'existe pas d'opposition tranchée, l'approche factuelle prônée par les lignes directrices américaines de 2010 nécessite de recourir à des investigations approfondies appuyées par des expertises économiques complexes inadaptées pour les autorités de la concurrence des pays en voie de transition confrontées à la rareté des ressources et à un déficit de savoir-faire.

Le décalage entre les *guidelines* américaines et les attentes des pays émergents n'est pas seulement une prédiction doctrinale. En effet, l'exemple de la Turquie est topique de l'influence décroissante des *guidelines* américaines et du rôle secondaire de l'ICN sur le rapprochement des normes substantielles. En Turquie, l'application du droit de la concurrence est récente, l'Autorité de la concurrence turque n'ayant été instituée qu'en 1997. La Turquie est un Etat consubstantiellement soumis à des influences externes plurielles et le droit de la concurrence ne déroge pas à la règle. Lors d'une interview, Murat Çetinkaya, membre de l'Autorité de la concurrence turque a reconnu que le droit de la concurrence turque a été influencé principalement par le modèle européen et le modèle américain¹²³ sans se référer aux travaux de l'ICN.

Si la Turquie s'est inspirée du modèle américain, les récentes révisions du droit des concentrations turques illustrent ce décalage avec les *guidelines* de 2010. En effet, dans la foulée de la publication des *guidelines* américaines, l'Autorité de la concurrence turque a adopté le communiqué n°2010/4. La proximité chronologique entre les deux évènements aurait pu

¹²¹ ICN, *Merger Working Group Assessment, 2010-11, préc.*, p. 15.

¹²² ICN, Merger Working Group, *Investigative Techniques Handbook for Merger Review, The Role of Economists and Economic Evidence in Merger Analysis Chapter 4*. Consultable sur le site <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc903.pdf>.

¹²³ Voir notamment International Bar Association, Interview with Murat Çetinkaya, Competition Law International, 2009 (On the question of "What other competition agency in the world do you regard as most influential?") Çetinkaya responds: « *When it comes to defining the most influential competition agency, I think we see a competition between DG COMP of the European Union and the US agencies (FTC and DOJ)* ».

traduire une volonté de la part de la Turquie de s'aligner sur le modèle américain. Néanmoins, ce communiqué, imprégné par le souci de la sécurité juridique, fournit une grille d'analyse claire de l'examen d'une opération de concentration. L'exemple de la définition des marchés pertinents est prégnant pour illustrer cette volonté de baliser l'examen d'une fusion et le déclin de l'influence des *guidelines*¹²⁴. En effet, le communiqué fait de la définition du ou des marchés pertinents le point de départ de toute analyse d'une concentration¹²⁵ contrairement aux *guidelines* américaines¹²⁶.

Au-delà de cet exemple, une approche plus holistique permet d'observer le contraste entre l'économie générale du communiqué de l'Autorité de la concurrence turque et les lignes directrices américaines, le premier consacrant 6 pages à l'analyse stricto sensu d'une concentration¹²⁷ là où les secondes développent 37 pages¹²⁸.

Le communiqué de la Turquie a été précisé par des lignes directrices¹²⁹ mais celles-ci s'avèrent tout aussi concises sur l'examen substantiel d'une opération de concentration. Ainsi, on constate des divergences entre les aspirations des jeunes autorités de la concurrence et les nouvelles *guidelines* américaines vectrices de promotion de la flexibilité dans l'examen des fusions horizontales. En réalité, la Turquie s'aligne sur le modèle européen¹³⁰ pour des raisons géopolitiques mais également pour des raisons plus pratiques, les lignes directrices de la Commission européenne présentant un caractère moins sibyllin que les lignes directrices américaines. Cela reflète la tendance plus globale de prévalence du modèle européen sur le modèle américain¹³¹.

Dans cette lutte pour la suprématie des modèles, l'ICN pourrait profiter également de ce hiatus entre les lignes directrices américaines et les aspirations des pays émergents pour imposer ses

¹²⁴ GURKAYNAK (G.), DALIKIR (S.) et DURLU (D.), *Emerging Markets and U.S Horizontal Merger Guidelines : A Turkish Competition Law perspective*, Journal of Competition Law & Economics, p. 21.

¹²⁵ Communiqué Concerning The Mergers and Acquisitions Calling For the Authorization of the Competition Board. Consultable sur le site http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=245292

¹²⁶ Horizontal Merger Guidelines, 19 août 2010. Consultable sur le site <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>

¹²⁷ Communiqué Concerning The Mergers and Acquisitions Calling For the Authorization of the Competition Board. Consultable sur le site http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=245292.

¹²⁸ Horizontal Merger Guidelines, *préc.*

¹²⁹ Turkish Competition Authority, *Guidelines on Undertakings Concerned, Turnover and Ancillary Restraints in Mergers and Acquisitions*. Consultable sur le site <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/tr/tr130en.pdf>.

¹³⁰ GURKAYNAK (G.) et DURLU (D.), *From Mergers to Cartels: An Overview of the Rapidly Evolving Turkish Competition Law in Light of the European Model*, Journal of European Competition Law & Practice, 2011.

¹³¹ IDOT (L.), *loc. cit.*, Concurrences n° 4-2012, p. 9.

travaux comme les standards ultimes vers lesquels la convergence devrait s'articuler. Cet objectif est réaliste car les travaux de l'ICN ont souvent un caractère plus pédagogique par rapport aux lignes directrices édictées par les Etats. Ainsi, pour déterminer si une opération de concentration est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels le manuel de 2006 établit un cadre clair de la définition du marché pertinent à la théorie de la firme défaillante en passant par la théorie des effets unilatéraux et coordonnés¹³². De plus, les pratiques recommandées de l'ICN afférentes à l'analyse des concentrations pourraient potentiellement s'imposer comme de réels standards car elles proposent également un vade-mecum plus rudimentaire et moins équivoque susceptible d'être plus en adéquation avec les besoins des jeunes autorités de la concurrence. Ainsi, s'agissant de la définition du marché pertinent, la pratique recommandée II insiste sur l'importance de cette étape¹³³ contrairement aux *guidelines* américaines de 2010. L'adoption de cette pratique recommandée le 29 avril 2010 soit 9 jours après la soumission à consultation publique du projet de lignes directrices américaines traduit l'émancipation de l'ICN et une forme de perte d'influence du modèle américain¹³⁴.

C'est la raison pour laquelle, face à ce leadership chancelant des *guidelines* américaines, l'ICN se doit d'améliorer la visibilité de ses travaux dans le domaine de l'analyse des fusions. Outre la version anglaise, l'existence d'une version française et espagnole de ces pratiques recommandées est un point positif car beaucoup de jeunes autorités de la concurrence en Afrique et en Amérique du sud utilisent ces deux idiomes. Cet aspect très concret n'est pas suffisant et pour réellement infléchir la faible influence de l'ICN, il appartient au groupe de travail sur les fusions de se concentrer sur la mise en œuvre des travaux existants par les membres du réseau¹³⁵. Une démarche proactive de promotion des documents de l'ICN ciblant les jeunes autorités de la concurrence ayant peu d'expérience dans l'examen des fusions doit être renforcée. Par ailleurs, le groupe sur les fusions doit accompagner ses travaux d'un effort de pédagogie via des télé-séminaires didactiques. En mars 2014, l'Autorité de la concurrence française a organisé un télé-séminaire de bienvenue dans le dessein de présenter les pratiques

¹³² ICN, *Merger Guidelines Workbook*, Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>.

¹³³ Pratique recommandée II, commentaire 1 : « la définition du marché dans l'analyse d'une opération de concentration vise à identifier un cadre de référence adéquat pour apprécier la possibilité qu'une opération de concentration crée ou renforce un pouvoir de marché ».

¹³⁴ MACDONALD (J.) et CIANI-DAUSCH (J.), *Merger Guidelines in Flux Around the Globe ?* Consultable sur le site <http://www.skadden.com/insights/merger-guidelines-flux-around-globe>.

¹³⁵ SCHLOSSBERG (B.), *The International Competition Network Merger Working Group: Focus on Implementation*, Competition Policy International, 2012.

recommandées relatives aux deux pôles du droit des concentrations. Cependant, il n'est donné aucune information sur les membres qui y ont participé¹³⁶.

Il appartient également à l'*Advocacy working group* de renforcer la visibilité des travaux afférents à l'examen des fusions. Créé dès 2001, ce groupe de travail a connu un réel essor à partir de 2008¹³⁷ qui va de pair avec les objectifs de la seconde décennie de l'ICN. Cette montée en puissance s'est concrétisée par la tenue d'un premier atelier organisé à Paris par l'Autorité de la concurrence française les 26 et 27 octobre 2012. L'*Advocacy working group* travaille sur le développement d'une culture de concurrence à destination non seulement des autorités de la concurrence mais également auprès des législateurs nationaux. Cette mission est fondamentale pour développer une convergence normative qui échappe au seul ressort des autorités de la concurrence. Si ce groupe développe ses propres travaux, il a par essence une vocation transversale de promotion des documents des autres groupes de travail qui devrait encore s'accroître lors de la seconde décennie de l'ICN. Ainsi, dans le cadre de ce groupe, les autorités de la concurrence novices bénéficient de l'assistance d'autorités plus aguerries pour mettre en œuvre le corpus de l'ICN. On peut citer l'exemple de la collaboration entre l'Autorité de la concurrence française et l'Autorité de la concurrence indienne dans le domaine des concentrations ou bien encore de l'Autorité de la concurrence russe et des républiques d'Asie centrale¹³⁸.

En définitive, la convergence des droits des concentrations reste un vaste chantier à ciel ouvert. A l'instar du contrôle des structures et même de façon plus prononcée, le cadre des pratiques anticoncurrentielles est un terrain d'observation privilégié de l'impact contrasté de l'ICN sur le rapprochement des droits nationaux de la concurrence.

¹³⁶ GENEVAZ (S.), ICN Merger Working Group, Présentation des pratiques recommandées sur les notifications et l'analyse d'opérations de concentration, 24 mars 2014, Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc962.pdf>.

¹³⁷ DAUDRET-JOHN (F.), SOUTY (F.), FAESSEL-KAHN (M.) et YON-COURTIN (S.), Concurrences n° 1-2013, p. 230.

¹³⁸ ICN, *Statement of Achievements 2001-2013, préc.*, p. 6.

Seconde partie : L'influence asymétrique de l'*International Competition Network* sur le processus de convergence des droits des pratiques anticoncurrentielles

En matière de cartels et de pratiques unilatérales, l'ICN est respectivement un vecteur efficace de convergence en matière de lutte contre les cartels (I) et un réceptacle de la diversité substantielle du droit des pratiques unilatérales (II).

I - L'ICN vecteur efficace de convergence en matière de lutte contre les cartels

Le groupe de travail sur les cartels de l'ICN s'emploie non seulement à favoriser la convergence légale mais également la convergence opérationnelle. Cette double préoccupation est symbolisée par la division du groupe de travail en deux sous-groupes. Le premier sous-groupe sur l'étude du cadre réglementaire (ou « *regulatory framework* ») est codirigé par la direction générale de l'industrie et du commerce colombienne (Colombia Superintendency of Industry and Commerce ou « SIC »), et la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne. Le second sous-groupe consacré aux techniques d'application (ou « *enforcement techniques* ») est actuellement codirigé par l'Autorité de la concurrence australienne (Australian Competition and Consumer Commission ci-après « ACCC ») et l'Autorité de la concurrence canadienne (Canadian Competition Bureau ou « CCP »). En réalité, les deux sous-groupes participent chacun à la convergence normative et à la convergence opérationnelle. En effet, le manuel d'application anti-cartel a été élaboré par le sous-groupe 2 dans une perspective pratique mais il est aussi un instrument de rapprochement des législations nationales.

Dans son ensemble, le groupe de travail sur les cartels est codirigé par la Japan Fair Trade Commission (ci-après « JFTC »), le DOJ et le *Bundeskartellamt*. Il est finalement assez logique de retrouver le DOJ à la tête de ce groupe de travail car la lutte contre les ententes injustifiables figure en tête des priorités de la politique de la concurrence américaine depuis longtemps alors même que les européens avaient tendance à privilégier la lutte contre les pratiques unilatérales

ou les restrictions verticales¹³⁹. Toutefois, l'existence d'un consensus sur la nocivité de ces pratiques anticoncurrentielles a permis aux américains d'imposer, sans heurts véritables, la préséance de la lutte contre les cartels internationaux à l'échelon international via notamment les réseaux transnationaux comme l'OCDE et l'ICN. Dès 1998, l'OCDE a publié une recommandation concernant les ententes injustifiables¹⁴⁰ sur laquelle le groupe de travail sur les cartels s'est appuyé. On peut parler d'une forme d'influence horizontale originelle de l'OCDE sur un autre forum transnational : le Réseau international de concurrence.

Focalisés sur la thématique des cartels, les Etats-Unis ont quant à eux exercé une pression verticale ascendante considérable sur ce groupe de travail. Progressivement, l'ICN s'est émancipé et est parvenu à apporter sa propre contribution au phénomène de confluence en matière de répression des ententes injustifiables. L'incidence réelle de l'ICN sur le processus de convergence normative en matière de lutte contre les cartels (A) est renforcée par sa place cruciale dans le rapprochement des pratiques en matière de lutte contre les cartels (B).

A) L'incidence réelle de l'ICN sur le processus de convergence normative en matière de lutte contre les cartels

Si l'ICN a exercé une influence directe sur le mouvement de convergence normative procédurale (1), son influence a été plus diffuse en matière de convergence normative substantielle (2).

1) L'influence directe de l'ICN sur la convergence normative procédurale

Pour illustrer le rôle de l'ICN dans le phénomène de convergence formelle procédurale, il est nécessaire de s'intéresser à la procédure de clémence. Les programmes de clémence permettent à la première firme qui révèle l'existence de la collusion d'obtenir une exonération totale de l'amende et une réduction de l'amende pour les suivantes. Même si la clémence peut induire des effets ambivalents sur le phénomène collusif, elle est apparue comme un formidable outil pour détecter les ententes injustifiables et ce faisant intensifier la lutte contre les cartels

¹³⁹ FOX (E.), *loc. cit.*, p. 156.

¹⁴⁰ Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, Travaux de l'OCDE, 13 mai 1998, [C(98)35/FINAL].

internationaux. En effet, la clémence permet généralement de déstabiliser les cartels en incitant les firmes à la défection tout en réduisant les coûts de fonctionnement des autorités de la concurrence qui peuvent recueillir les révélations des entreprises candidates à la clémence sans se livrer à des enquêtes fastidieuses pour déceler ces collusions secrètes.

La clémence a été instituée pour la première fois aux Etats-Unis en 1978 avant d'être améliorée en 1993. Inspirée par le modèle américain, l'Europe l'a introduite en 1996 et amendée en 2002 et 2006. Le développement exponentiel des droits nationaux de la concurrence a eu pour corollaire la prolifération des programmes de clémence. Dans leur lutte acharnée contre les cartels internationaux, les Etats-Unis ont tenté d'exporter cet outil de détection sur la scène internationale soit directement ou indirectement via les réseaux transnationaux comme le Réseau international de concurrence.

Si dans plusieurs Etats importants, les programmes de clémence ont été introduits avant même sa naissance en 2001, le Réseau international de concurrence a néanmoins joué un rôle important dans la dissémination, l'implantation et le perfectionnement des programmes de clémence. Ainsi, le bilan des réalisations de 2011 rappelle que les autorités de la concurrence de l'Argentine, du Brésil, de la Croatie, de l'Egypte, du Mexique, de la Nouvelle-Zélande, du Portugal, de l'Afrique du Sud et de la Turquie ont utilisé le chapitre sur la clémence du manuel anti-cartel pour façonner ou améliorer leur programme de clémence¹⁴¹.

Tout d'abord, si l'on s'intéresse à l'utilisation des travaux du groupe sur les cartels pour implanter un programme de clémence, on peut prendre l'exemple du Portugal. L'influence horizontale du Brésil et l'influence verticale descendante du réseau européen de concurrence et du Réseau international de concurrence ont contribué à l'introduction et au raffinement du programme de clémence du Portugal. Dans ce pays, l'incorporation d'un programme de clémence et son application effective a débuté respectivement en 2006 et en 2009¹⁴². Le Portugal a utilisé le chapitre 2 du manuel anti-cartel consacré à la clémence pour implanter en 2006 dans son droit interne le système du marqueur et de « *l'amnesty plus* »¹⁴³. Durant la Conférence annuelle de l'ICN à Moscou en 2007, le Président de l'Autorité de la concurrence

¹⁴¹ ICN, *Statements of achievements 2001-2011*, préc. p. 9.

¹⁴² OLIVEIRA (L.) et ROMAO (M.), *Leniency rules under the new 2012 Portuguese Competition Act – Challenges and opportunities*, Competition Policy International, 2012, p.2.

¹⁴³ ICN, *Trends and Developments in Cartel Enforcement*, Présenté à la 9ème conférence annuelle du Réseau International de concurrence à Istanbul en Turquie le 29 avril 2010, p. 70.

portugaise de l'époque est revenu sur l'utilité du manuel anti-cartel pour incorporer dans son droit interne ces deux techniques¹⁴⁴. Importante sur le plan pratique, la technique du marqueur consiste à attribuer un numéro à l'entreprise qui demande à obtenir le bénéfice de la clémence afin de lui garantir un ordre d'arrivée tout en lui permettant de disposer d'un délai précis pour compléter sa demande. En ce qui concerne « *l'amnesty plus* », celle-ci offre l'opportunité à un candidat au programme de clémence qui révèle l'existence d'un cartel de bénéficier d'une immunité et au surplus, d'une réduction pour un autre cartel auquel il a pris part et pour lequel il n'est pas éligible à la clémence. Le chapitre 2 du manuel anti-cartel insiste sur l'utilité d'un tel mécanisme¹⁴⁵ nonobstant les doutes persistants relatifs à sa fonction déstabilisatrice sur les cartels¹⁴⁶. L'Autorité de la concurrence croate a également reconnu l'utilité des meilleures pratiques recensées sur l'application de la clémence par le groupe de travail sur les cartels pour introduire ce procédé dans la loi adoptée en juin 2009 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2010¹⁴⁷. A l'instar des pratiques recommandées procédurales en droit des concentrations, le manuel anti-cartel est parfois un catalyseur du changement.

Si l'on s'intéresse aux pays qui ont utilisé les travaux de l'ICN pour perfectionner leur programme, le Brésil est un cas intéressant en raison de son poids économique et *ipso facto* de son rôle de locomotive non seulement en Amérique Latine mais également pour les Etats situés dans son aire d'influence culturelle et linguistique comme le Portugal.

Le Brésil, sous influence américaine¹⁴⁸, a introduit la procédure de clémence en 2000, antérieurement à la naissance de l'ICN, même si la première application effective date de 2003¹⁴⁹. A l'influence horizontale des Etats-Unis s'ajoute un impact vertical descendant du groupe de travail sur les cartels du Réseau international de concurrence. En effet, les autorités de la concurrence brésiliennes ont utilisé le travail du groupe sur les cartels pour promouvoir

¹⁴⁴ MATEUS (A.), *The Portuguese Competition Authority's Experience with the ICN Recommended Practices and Anti-Cartel Enforcement Manual*, Présenté lors de la sixième Conférence annuelle de l'ICN à Moscou en 2007, p. 10-11. Consultable sur le site http://en.fas.gov.ru/net-cat_files/Analitical%20materials/MKS/Presentation%20of%20Abel%20Moreira%20Mateus.ppt.

¹⁴⁵ ICN, Subgroup 2: Enforcement techniques, *Anti-Cartel Enforcement Manual, Chapter 2 Drafting and implementing an effective leniency policy*, p. 9

¹⁴⁶ LEFOUILI (Y.) et ROUX (C.), *Leniency Programs for Multimarket Firms: The Effect of Amnesty Plus on Cartel Formation*, International Journal of Industrial Organization, vol. 30, n°6, novembre 2012, p. 624-640.

¹⁴⁷ ICN, Trends and Developments in Cartel Enforcement, *préc.*, p. 68.

¹⁴⁸ Voir notamment l'accord bilatéral de coopération entre les Etats-Unis et le Brésil. Consultable sur le site <http://www.ftc.gov/policy/cooperation-agreements/us-brazil-cooperation-agreement-regarding-cooperation-between-their>.

¹⁴⁹ MARTINEZ (A-P.), *préc.*, p. 5.

une réforme de la procédure de clémence nationale qui, souffrant de lacunes considérables, n'était pas réellement efficace. La réception des travaux de l'ICN a été d'autant plus efficace que l'une des autorités de la concurrence brésilienne, la *Secretaria de Direito Econômico* (ci-après « *SDE* ») a longtemps codirigé le sous-groupe 1 relatif à l'étude du cadre réglementaire. Ainsi, lors de la septième conférence annuelle qui s'est déroulée à Moscou en 2007, une représentante de la SDE a expressément reconnu l'importance des travaux de l'ICN pour convaincre le gouvernement et les entreprises de la nécessité de réformer en 2006 le programme de clémence au Brésil en introduisant notamment le système du marqueur¹⁵⁰.

Lors du sondage de 2010, les autorités de la concurrence brésiliennes ont à nouveau réaffirmé l'utilité des premiers documents de l'ICN pour améliorer le programme de clémence sans donner plus de précisions sur la nature de ceux-ci¹⁵¹. Pour sa réforme de 2006, on peut supposer que le Brésil s'est inspiré, entre autres, du premier atelier organisé en 2004 à Sydney par le groupe de travail sur les cartels et dédié précisément au programme de clémence. Lors du discours d'ouverture de l'atelier, Scott Hammond, le directeur de la répression pénale de la division antitrust du DOJ a égrainé les caractéristiques essentielles d'un programme de clémence effectif comme « *l'amnesty plus* » et le « *penalty plus* »¹⁵². Les autorités brésiliennes ont pu également jauger leur programme de clémence à l'aune des autres modèles de clémence institués par les autres Etats et recensés notamment dans les *templates* mis en ligne, dès 2005, sur le site internet du réseau. Néanmoins, le manuel d'application anti-cartel, développé à partir de 2005, a sûrement été le référentiel le plus utile au Brésil lors de sa réforme de 2006 qui introduit notamment le système du marqueur. En effet, le chapitre 2 du manuel relatif à la clémence souligne clairement que l'absence de la technique du marqueur peut obérer considérablement l'attractivité d'un tel programme¹⁵³. Outil en perpétuelle évolution¹⁵⁴, ce manuel compile, à toutes les étapes de l'investigation, les meilleures pratiques pour lutter contre les cartels. De manière générale, les trois premiers chapitres afférents aux perquisitions, descentes et inspections (ou « *Searches/Raids/Inspections* ») à l'élaboration et la mise en oeuvre d'un programme de clémence efficace (ou « *Drafting and Implementing an Effective*

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 6.

¹⁵¹ ICN, *Trends and Developments in Cartel Enforcement*, préc., p. 66.

¹⁵² HAMMOND (S.), *Cornerstones of an Effective Leniency Program*, ICN Workshop in Leniency Programs, Sydney, Australia, 22–23 November 2004. Consultable sur le site <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>

¹⁵³ ICN, Subgroup 2: Enforcement techniques, *Anti-Cartel Enforcement Manual, Chapter 2 Drafting and implementing an effective leniency policy*, p. 7.

¹⁵⁴ Voir notamment la mise à jour du chapitre 2 sur la clémence dévoilée lors de Conférence annuelle de Marrakech en 2014 : http://www.icnmarrakech2014.ma/pdf/Intl-ICN-Anti-cartel_enforcement_manual.pdf

Leniency Program ») et à la collecte de preuves numériques (ou « *Digital Evidence Gathering* ») ont été largement exploités par les membres du réseau à la fois pour initier des réformes législatives et dans une optique plus opérationnelle¹⁵⁵. En définitive, la réforme de 2006 a eu les effets escomptés car le programme de clémence brésilien a connu par la suite un succès grandissant marqué notamment par une recrudescence des candidats¹⁵⁶. Il est intéressant de remarquer la précocité du Brésil dans l'introduction du marqueur par rapport notamment à la France qui a établi ce système l'année suivante via le communiqué de procédure du 17 avril 2007¹⁵⁷.

Outre le Brésil et la France, ce mécanisme du marqueur a été repris, sous l'influence plus ou moins directe de l'ICN, dans un nombre croissant d'Etats situés à des stades de développement économique différents comme l'Allemagne, l'Australie, la Bulgarie, les Etats-Unis, la République de Chypre, le Canada, la République Tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Turquie et l'Union européenne¹⁵⁸. Hormis la clémence, les travaux de l'ICN ont participé à la convergence légale procédurale en promouvant notamment les programmes de « *dawn raids* ».

Au Mexique, une loi visant à réformer le droit de la concurrence a été soumise au Congrès en 2010 avant d'être approuvée en 2011. Cette loi permet à l'Autorité de la concurrence mexicaine de mener des « *dawn raids* » ou contrôles inopinés dont l'objectif est de trouver des preuves et saisir des documents établissant l'existence d'une atteinte à la concurrence. Lors d'un discours à l'Association internationale du barreau en 2012, l'ancien Président de l'ICN, Eduardo Perez Motta a reconnu le rôle décisif des documents de l'ICN lors de la réforme de 2011. Au Mexique, l'Autorité de la concurrence rend un avis formel sur les projets de lois relatifs à son domaine de compétence et un avis conforme pour les projets infra-législatifs¹⁵⁹. Malgré le caractère non contraignant de son avis, la CFC, en se référant au chapitre 1 du manuel d'application anti-cartel relatif aux perquisitions, descentes et inspections¹⁶⁰, est parvenu à convaincre le législateur de lui accorder des prérogatives d'enquêtes supplémentaires et le pouvoir de

¹⁵⁵ ICN, *Trends and Developments in Cartel Enforcement*, préc., p. 66-70.

¹⁵⁶ MARTINEZ (A-P.), préc., p. 7.

¹⁵⁷ Conseil de la concurrence, Communiqué de procédure du 17 avril 2007.

¹⁵⁸ ICN, *Trends and Developments in Cartel Enforcement*, préc., p. 38.

¹⁵⁹ MOTTA (E.), *Advocacy Efforts to Strengthen Competition Law & Enforcement: Mexico's experience*, Paris, Octobre 2012, p.7 Consultable sur le site http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cfc_mexico_icn_advocacy_worksop_oct12.pdf.

¹⁶⁰ MOTTA (E.), *International Best Practice: ICN's Role in Creating and Diffusing Norms International Best Practice: ICN's Role in Creating and Diffusing Norms*, Remarks at the International Bar Association's 16th Annual Competition Conference, 15 septembre 2012, p. 4. Consultable sur le site <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc837.pdf>.

conduire « *des dawn raids* ». Dès lors, il est indéniable que le manuel anti-cartel est parvenu à faire souffler le vent de la réforme des procédures dans les droits nationaux via ses auxiliaires que sont les autorités de la concurrence membres du réseau. L'efficacité de ces mécanismes comme la clémence est subordonnée à des choix substantiels en matière de lutte contre les ententes injustifiables. Le groupe de travail sur les cartels a également œuvré en faveur de la convergence légale substantielle avec des résultats plus contrastés.

2) *L'influence diffuse de l'ICN sur la convergence normative substantielle*

Pour illustrer le mouvement de confluence des règles de fond, l'accroissement des sanctions et la pénalisation des comportements collusifs sont des exemples prégnants. Instillée par les américains, la prise de conscience progressive de la gravité de ces ententes injustifiables a eu pour corollaire une augmentation des sanctions imposées par les autorités de la concurrence. Cette tendance ressort clairement du sondage mené par l'ICN en 2010¹⁶¹. Dans le sillage de cet accroissement exponentiel des sanctions s'est développé un mouvement de pénalisation des pratiques collusives impulsé logiquement par les Etats-Unis et relayé par les enceintes internationales comme l'OCDE et l'ICN. Dans sa recommandation de 1998, l'OCDE, demande aux États membres de prévoir : « *des sanctions efficaces, d'une nature et d'un niveau propre à dissuader les personnes physiques et morales de participer aux ententes injustifiables* »¹⁶². Par conséquent, l'OCDE prône implicitement l'adoption de sanctions pénales en soulignant la nécessité de dissuader les personnes physiques. L'OCDE a continué à explorer ce sujet lors d'une table ronde organisée en 2003 sur les sanctions, notamment pénales, prononcées à l'encontre de personnes physiques dans des affaires d'entente¹⁶³.

Une nouvelle fois l'ICN s'est appuyé sur les travaux de l'OCDE pour devenir le réel creuset d'une réflexion intéressante sur la problématique de l'efficacité et de l'effectivité des sanctions. Dès l'ouverture du premier atelier organisé par le groupe de travail sur les cartels à Sydney en 2004, l'américain Scott Hammond a mis en exergue la supériorité des sanctions pénales sur les sanctions administratives et civiles en soulignant ses avantages ex-ante et ex-post dans le domaine des cartels. Plus précisément, la menace de poursuites pénales pour les personnes

¹⁶¹ ICN, *Trends and Developments in Cartel Enforcement*, préc., p. 16.

¹⁶² Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, Travaux de l'OCDE, 13 mai 1998, [C(98)35/FINAL].

¹⁶³ OCDE, *Table ronde sur les sanctions prononcées à l'encontre de personnes physiques dans des affaires d'entente*, 2003.

physiques a un effet dissuasif sur leur participation aux cartels et un effet incitatif sur leur participation aux programmes de clémence¹⁶⁴. Ensuite, dès 2005, lors de la conférence de Bonn, le sous-groupe 1 a dévoilé un document intitulé « *Defining Hard Core Cartel Conduct, Effective Institutions, Effective Penalties* » qui s'attache à dégager les socles d'un régime solide et efficace pour lutter contre les ententes injustifiables sur la base de l'expérience des membres du réseau¹⁶⁵. Dans la troisième partie consacrée précisément à l'efficacité des sanctions, le rapport insiste sur l'importance de prévoir des amendes élevées et dans une moindre mesure, sur le caractère dissuasif de la criminalisation des cartels tout en soulignant de manière assez objective les inconvénients d'une telle orientation notamment en terme de standards procéduraux¹⁶⁶. Le groupe de travail sur les cartels a également recensé les diverses législations adoptées par un échantillon significatif d'Etats via les *matrices d'informations publiques*¹⁶⁷ dans la double perspective de fournir des informations aux membres de l'ICN et aux entreprises sur la diversité des législations et de dégager les traits saillants de la répression des cartels. A cet égard, le Royaume-Uni a dévoilé, dès 2005, les principales caractéristiques de son régime de lutte contre les cartels parmi lesquelles figure la pénalisation des cartels depuis *l'entreprise act* de 2003. Ainsi, dès le début de ces *templates* en 2005, le modèle de criminalisation des cartels a été promu par un Etat influent sur le plan international susceptible de faire des émules parmi ses principaux partenaires économiques et les Etats ayant récemment adopté un droit de la concurrence¹⁶⁸.

Par conséquent, en permettant à ces membres d'observer aisément les modèles étrangers, l'ICN a reflété très rapidement l'élan de la pénalisation des cartels. A l'heure actuelle, les *templates* renvoient aux législations de plusieurs Etats ralliés à la « *mode* » de la criminalisation des ententes injustifiables¹⁶⁹. Durant la période de 2008-2009, le sous-groupe sur l'étude du cadre réglementaire a poursuivi son office de structuration de la délibération collective virtuelle en organisant une série de téléconférences consacrée aux problèmes liés à l'introduction d'un

¹⁶⁴ HAMMOND (S.), *loc. cit.*, p. 6.

¹⁶⁵ CARDON (M.), *L'ICN et « les ententes injustifiables » : les premières pages d'un manuel à l'attention des autorités nationales de concurrence... Morceaux choisis*, Revue Lamy de la concurrence 2006, n°8, p. 113.

¹⁶⁶ ICN, *Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties, Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes vol.1*, p. 4 : « Furthermore, the significance of the personal liability of the decision-makers is stressed. Some agencies also emphasise the effectiveness of criminal sanctions as a deterrent ».

¹⁶⁷ DAUDRET-JOHN (F.) et SOUTY (F.), *loc. cit.*, p. 184.

¹⁶⁸ ICN, Cartels Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, *Anti-Cartel Enforcement Template*. Consultable sur le site internet http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/business_leaflets/general/United-Kingdom.pdf.

¹⁶⁹ Parmi ces Etats, on peut citer l'Australie, le Brésil, le Japon, la Russie et le Royaume-Uni. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/templates.aspx>.

régime de répression à caractère pénal¹⁷⁰. En 2009-2010, le Groupe de travail sur les cartels a prolongé sa réflexion en lançant des débats sur la propension des Etats à imposer des sanctions à l'encontre des individus et à criminaliser les ententes injustifiables¹⁷¹. Par conséquent, s'ils n'en font pas l'apologie, les documents élaborés par l'ICN reflètent la dynamique actuelle tendant à la pénalisation des cartellistes.

L'ICN a été une courroie de transmission, parmi d'autres, de la dynamique renforçant les sanctions pénales. Cependant, il n'existe aucun exemple d'un Etat qui a introduit un système de répression pénale sous l'influence directe de l'ICN. Si le Réseau n'a exercé qu'une influence diffuse, la convergence légale sur l'essence des sanctions à prononcer contre les cartellistes est robuste comme en témoigne les conversions récentes de l'Australie, de l'Afrique du Sud, de la République Tchèque ou bien encore du Mexique¹⁷².

Il convient d'analyser plus précisément le cas de l'Australie car il est topique des difficultés du mouvement de convergence des règles de fond. En 2009, l'Australie a adopté une loi pénalisant certaines ententes injustifiables comme la fixation des prix, la répartition des marchés, la limitation de la production ou bien encore la soumission concertée aux appels d'offres. L'adoption de cette ligne orthodoxe contre les cartels est le fruit d'une démarche proactive de l'Autorité de la concurrence australienne ralliée de longue date à la cause de la criminalisation des cartels. Ainsi, avant même la naissance de l'ICN, l'Autorité de la concurrence australienne a exprimé son intérêt pour la pénalisation des cartels par la voix de son Président de l'époque, le professeur Allan Fels¹⁷³. L'ancien Président de l'Autorité de la concurrence australienne estimait nécessaire d'adopter des sanctions pénales à l'égard des cartellistes afin notamment de s'aligner sur les principaux partenaires commerciaux de l'Australie à savoir les Etats-Unis, le Canada, le Japon, la Corée du sud et le Royaume-Uni¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Voir notamment ICN, Cartels Working Group, 2008-2009 Member Materials from Conference Call Series. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc352.pdf> et ICN, Cartels Working Group, 2009 – 2010 Work Plan. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc603.pdf>.

¹⁷¹ ICN, *Statement of Achievements 2001-2013, préc.*, p. 13.

¹⁷² SHAFFER (G.), NESBITT (N.) et WEBER WALLER (S.), *Criminalizing Cartels: A Global Trend ?*, U Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series, No 11–26, 2011. p. 33.

¹⁷³ FELS (A.), *The Trade Practices Act and World's Best Practice: Proposals for Criminal Penalties for Hard-Core Collusion*, paper presented at the Australian Institute of Criminology, Melbourne, 2002.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 9.

Cependant, l'Australie a longtemps différé l'adoption d'un système de répression pénale des cartels. Le mouvement de convergence australien vers les standards internationaux s'est heurtée au contexte socio-politique d'un Etat qui a longtemps eu une forme de déférence à l'égard des pratiques de fixation des prix¹⁷⁵. Loin d'être isolé, l'exemple australien symbolise la situation de nombreux Etats où la criminalisation des comportements collusifs n'est pas innée.

Nonobstant cet échec provisoire, l'Autorité de la concurrence australienne, rassérénée par son implication au sein des *international fora*, a continué à être le relais local de la tendance globale. Dans cet écheveau de sources d'influence organiques plurielles, l'impact exact de l'ICN sur le changement de cap de l'Australie est nécessairement difficile à isoler. Une chose est sûre : la participation active de l'ACCC au sein du groupe de travail sur les cartels via notamment la codirection du sous-groupe 2 sur les « *techniques d'application* », l'a conduit à être un témoin privilégié du processus d'adhésion des Etats à la pénalisation des ententes injustifiables.

Par conséquent, la réforme de 2009 apparaît comme l'aboutissement d'un travail de longue haleine de l'ACCC. Acteur économique majeur de la zone Asie-pacifique, l'Australie a entraîné dans son sillage certains de ses pays voisins comme la Nouvelle-Zélande. Directement inspiré par la conversion australienne¹⁷⁶, un projet de loi introduisant la criminalisation des ententes injustifiables a été présentée en octobre 2011 au Parlement néo-zélandais. Malgré les aléas du processus législatif, cette loi devrait finalement être adoptée en 2014 permettant à la Nouvelle-Zélande de s'aligner sur son voisin et in fine de rejoindre le mouvement global de pénalisation des cartellistes. Il est intéressant de remarquer que la Nouvelle-Zélande a été mue par la même volonté de s'aligner sur son voisin et principal partenaire économique pour mener sa réforme du droit des concentrations¹⁷⁷.

Le cas de l'Australie met clairement en lumière le fait que le rapprochement légal substantiel dans le domaine de la criminalisation des cartels est le fruit à la fois d'une pression ascendante et horizontale. Loin d'être cognitive, la convergence des règles de fond est souvent le fruit d'une longue acculturation à la norme favorisée par la pression des pairs. Cependant, l'importation

¹⁷⁵ ROUND (D.) et AGARWAL (M.), *The Criminalization of Serious Cartel Conduct in Australia*, Competition Policy International, Antitrust Journal, 2010, p. 3.

¹⁷⁶ Ministry of economic development, Manatu Ohanga, Cartel Criminalisation, Discussion Document, January 2010 N-Z, p. 11. Consultable sur le site <http://www.med.govt.nz/business/competition-policy/pdf-docs-library/cartel-criminalisation-discussion-document.pdf>.

¹⁷⁷ Voir notamment ICN, *Report on the Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, préc. p. 6.

d'une telle norme étrangère à la culture d'un Etat est compliquée car son acceptation sociale, politique, économique peut faire défaut. Par exemple, il est probable que si l'on interrogeait l'opinion publique dans de nombreux Etats, une grande majorité de personnes s'étonnerait, voir s'offusquerait de la possibilité d'emprisonner les cartellistes. Or, ce manque d'ancrage est particulièrement nuisible pour l'application effective de la norme. L'ICN n'apporte pas de solutions miracles à ce problème mais la grande fonctionnalité de ses travaux permet de favoriser la convergence des pratiques et de juguler l'écueil sus-évoqué.

B) La place cruciale de l'ICN dans le rapprochement des pratiques en matière de lutte contre les cartels

Dans ce phénomène de convergence opérationnelle, les documents du groupe de travail sur les cartels ont eu un impact variable. A cet égard, le manuel d'application anti-cartel, vecteur principal de la convergence formelle, a également rempli sa fonction originelle de rapprochement des pratiques des autorités de la concurrence. Sa prépondérance a effacé, quelque peu, les autres travaux du groupe qui ont eu un impact plus marginal.

Le sondage mené en 2010 montre que sur les 35 autorités interrogées directement sur leur utilisation du manuel, 29 ont répondu qu'elles s'appuyaient sur cet outil dans la pratique¹⁷⁸. S'il est particulièrement utile pour les « *jeunes* » autorités de la concurrence, le sondage mené en 2010 montre que les autorités de la concurrence de nombreux pays développés ont eu recours au manuel dans leur combat sur le terrain contre les cartels. Par conséquent, ce manuel est un vade-mecum international de la lutte contre les ententes injustifiables utilisé par les membres de l'ICN sur les cinq continents.

En Europe, le sondage fait ressortir l'utilisation du manuel à des fins opérationnelles par 16 autorités de la concurrence dont la France. Cependant, c'est l'Autorité de la concurrence hongroise qui a été la plus disert quant à son exploitation du manuel. Ceci n'est guère surprenant car la Gazdasági Versenyhivatal (ci-après « GVH ») a codirigé le groupe de travail sur les cartels jusqu'en 2011. Ainsi, lors de la 7ème conférence annuelle de l'ICN à Kyoto en 2008, la GVH a précisé qu'elle avait appliqué, pour composer ses équipes d'inspecteurs, les conseils de bon sens développés dans le chapitre 1 sur les Recherches/Raids/Inspections sur la nomination

¹⁷⁸ ICN, *Trends and Developments in Cartel Enforcement*, préc., p. 67.

d'un enquêteur en chef et la désignation d'un expert en récupération des données informatiques¹⁷⁹. La GVH a également précisé que le chapitre 3 relatif à la collecte des preuves numériques a mis en lumière la nécessité de renforcer l'entraînement des spécialistes de la saisie des données informatiques et leur coopération avec les personnes chargées de l'enquête.

Lors du sondage publié en 2010, l'Autorité de la concurrence hongroise a confirmé son exploitation des chapitres de ce manuel qu'elle décrit comme « *un guide pratique* »¹⁸⁰.

Lors de ce sondage, l'autorité de la concurrence d'un autre Etat d'Europe centrale, la Bulgarie a décrit à la fois son utilisation du manuel anti-cartel et le fonctionnement de son autorité dans la mise en œuvre de son combat contre les ententes injustifiables. Outre son influence sur la définition notamment du concept de preuve numérique incorporé dans la loi bulgare de 2008, le manuel a été utilisé par l'autorité de la concurrence bulgare notamment pour mettre à jour ses règles internes sur la conduite des investigations¹⁸¹. A travers ce sondage, l'autorité de la concurrence bulgare décrit longuement son fonctionnement¹⁸² ce qui traduit la volonté de ces autorités appartenant à de petits pays de s'impliquer pleinement dans les réseaux transnationaux afin d'acquérir une légitimité et une reconnaissance plus importante dans le concert mondial des autorités de la concurrence. Par ailleurs, les exemples de ces deux Etats d'Europe centrale montrent que la force d'attraction considérable du réseau européen de concurrence n'a pas empêché l'existence parallèle de l'influence du Réseau international de concurrence.

Sur le continent américain, l'Autorité de la concurrence mexicaine, la *Comision Federal de Competencia* (ci-après « CFC ») a montré un attrait particulier pour le manuel d'application anti-cartel. En effet, la CFC reconnaît qu'elle mène ses enquêtes en se basant sur le chapitre 1, le chapitre 2, le chapitre 4 et le chapitre 6 dédiés respectivement aux perquisitions, descentes et inspections, à l'élaboration et la mise en oeuvre d'un programme de clémence efficace, à l'ouverture d'une enquête et aux techniques d'investigation. A titre d'exemple, le Mexique s'est servi du chapitre sur la clémence pour faire face à l'afflux des premiers candidats à la clémence mexicaine impliqués dans un cartel international¹⁸³. Par ailleurs, à l'instar de la Grèce, du

¹⁷⁹ SARAI (J.), *Implementation / utilisation of ICN work products in the Hungarian competition law*, Report the Joint Implementation/ Outreach Panel, 7^{ème} Conférence annuelle, 14-16 avril 2008, p. 7.

¹⁸⁰ ICN, *Trends and Developments in Cartel Enforcement*, préc., p. 67.

¹⁸¹ *Ibid.* p. 66-67.

¹⁸² *Ibid.* p. 16-17, p. 24-25. p. 33-34 et p. 66-67.

¹⁸³ ICN, *Trends and Developments in Cartel Enforcement*, préc., p. 69 : « As an example, when we began receiving leniency applications regarding international cartels we immediately reviewed the Leniency program and the

Portugal et de la Roumanie, l'Autorité de la concurrence mexicaine a utilisé le manuel pour entraîner ses équipes¹⁸⁴. L'Union européenne a également employé le chapitre 2 du manuel sur la clémence pour former ses nouvelles recrues¹⁸⁵.

L'exemple de l'Union européenne montre que le manuel est également utilisé par les autorités plus aguerries et disposant d'une solide expertise en matière de lutte contre les cartels. Ainsi, les autorités de l'Allemagne, du Canada, des Etats-Unis, de la France, du Japon, et des Pays-Bas¹⁸⁶ se sont servies du manuel non seulement comme source d'inspiration pour proposer des changements législatifs, améliorer leur pratique mais également pour avoir un aperçu plus global du fonctionnement des autres autorités dans leur mise en œuvre de la lutte contre les cartels. On retrouve ici l'une des fonctions de l'ICN : assurer une meilleure connaissance de l'altérité et bâtir sur ce socle.

Plus récemment, lors de l'atelier de travail sur les cartels organisé par le Panama en 2012, l'Autorité de la concurrence sud-africaine a reconnu que son propre manuel sur les procédures internes relatives aux perquisitions était basé sur le manuel anti-cartel¹⁸⁷. Durant cet atelier, l'un des intervenants, un représentant de la CNUDED, a mis en exergue un exemple intéressant d'influence horizontale de l'ICN sur son organisation¹⁸⁸. En effet, l'Indonésie s'est soumise volontairement à un processus d'examen par les pairs (ou « *peer review* ») mené par la CNUCED. Au terme de cet examen, il a été décidé d'apporter une aide à l'Autorité de la concurrence indonésienne pour lutter contre les cartels nationaux et surtout internationaux. La CNUCED a élaboré un manuel relatif à la détection et à l'investigation des cartels en s'inspirant des chapitres 4, 5, 6 et 8 du manuel d'application anti-cartel de l'ICN relatifs respectivement au déclenchement d'une affaire de cartel, à la stratégie d'enquête, aux techniques d'interrogation et aux programmes de sensibilisation et de conformité.

international cooperation guidelines produced by the ICN groups and used this as reference to what we discussed with the applicants ».

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ VAN GINDERACHTER (E.), *ICN CWG: Past Achievements and Future Challenges – European Commission's Perspective*, Competition Policy International, 2012, p. 4.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ NGEMA (B.), *Overview of Anti-Cartel Enforcement Manual Chapters – Best Practices Searches, Raids and Inspections A South African perspective*, p. 3. Consultable sur le site [http://www.acodeco.gob.pa/icn-program.asp /](http://www.acodeco.gob.pa/icn-program.asp/).

¹⁸⁸ HORNA (P.), *Overview of Anti-Cartel Enforcement Manual Chapters - Compilation of best practices, Main issues raised in the UNCTAD Cartel Detection and Investigation Manual made for the "Komisi Pengawas Persaingan Usaha" (KPPU) of Indonesia*. Consultable sur le site [http://www.acodeco.gob.pa/icn-program.asp /](http://www.acodeco.gob.pa/icn-program.asp/).

Ces exemples témoignent d'une réelle convergence opérationnelle facilitée par le groupe de travail dédié à *l'advocacy* qui a grandement contribué à la diffusion des documents façonnés par l'ICN auprès des autorités de la concurrence et des autres enceintes internationales. Par exemple, dans le cadre de *l'Advocacy working group*, l'Autorité de la concurrence japonaise a présenté, en 2013, les travaux du groupe de travail sur les cartels lors d'un atelier de l'OCDE en Corée du sud sur la pratique et la procédure dans les affaires de concurrence¹⁸⁹.

Par ailleurs, malgré les divergences formelles persistantes entre les droits nationaux et supranationaux sur les ententes injustifiables, l'exploitation d'un guide opérationnel commun par des autorités de la concurrence très hétéroclites a permis d'asseoir une réelle convergence opérationnelle. Sur ce point, il faut noter la qualité du manuel d'application anti-cartel saluée et exploitée par de nombreuses autorités pour son caractère fonctionnel. Au surplus, le rapprochement des pratiques est drainée par son caractère consensuel, les conseils sus-évoqués contenus dans le manuel afférents, par exemple, à la composition des équipes d'inspecteurs, relevant du bon sens et laissant peu de prises à des oppositions tranchées.

A travers le domaine des cartels, on peut remarquer que l'ICN est une réelle plateforme d'échange institutionnelle¹⁹⁰ propice à la convergence pratique car une interaction directe s'établit entre les autorités de la concurrence susceptible d'engendrer une forme d'émulation.

La décision d'adopter telle ou telle procédure interne dépend souvent du seul ressort de l'Autorité compétente et non de l'assentiment d'une entité extérieure comme le législateur contrairement à ce qui se passe fréquemment dans le cadre de la recherche d'une convergence normative. Ce rapprochement des pratiques est la résultante d'une influence verticale descendante des travaux du réseau qui sont repris volontairement par les autorités de la concurrence. L'adhésion à des pratiques communes produit un terreau fertile au rapprochement des législations susceptible de mener à une convergence globale plus tangible par rapport au phénomène inverse, précédemment décrit, d'importation hors-sol de certaines normes. Si la lutte contre les cartels est propice à cette forme de rapprochement « par le bas », on peut se demander si sa recherche prioritaire ne devrait pas être érigée en stratégie plus globale.

¹⁸⁹ Les Etats suivants étaient représentés : la Chine, les Fidji, l'Inde, l'Indonésie, la Malaisie, la Mongolie, le Pakistan, les Philippines, Singapour, Taiwan, la Thaïlande et le Vietnam.

¹⁹⁰ DESBROSSE (P.), *Les programmes de Clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés*, Revue Internationale de droit économique 2010/2 (t.XXIV), p. 222.

En définitive, l'ICN exerce globalement une influence déterminante sur la convergence dans le domaine des cartels. A contrario, l'ICN peine à créer le consensus dans la sphère des pratiques unilatérales imprégnées par des questions substantielles traditionnellement sujettes aux divergences les plus tranchées.

II - L'ICN réceptacle de la diversité substantielle des droits des pratiques unilatérales

A ses débuts, le Réseau international de concurrence a éludé les pratiques unilatérales. Ce désintérêt s'explique par les divergences substantielles existantes entre les membres du réseau dans ce domaine de l'antitrust. En outre, l'enjeu en matière de pratiques unilatérales est apparu plus faible comparé au droit des concentrations où les divergences procédurales notamment dans le domaine des fusions peuvent être très coûteuses pour les entreprises contraintes de notifier une opération de dimension internationale dans plusieurs pays. C'est seulement en 2006 qu'a été institué le groupe de travail sur les comportements unilatéraux coprésidé par la *Federal Trade Commission américaine* et le *Bundeskartellamt*, l'Autorité allemande de la concurrence. A cet égard, il est intéressant de noter que le groupe de travail sur les pratiques unilatérales est coprésidé par deux puissantes autorités de la concurrence, la FTC américaine et le *Bundeskartellamt* qui ont des positions antagonistes en matière de comportements unilatéraux qu'il s'agisse de la détermination de la position dominante ou de l'abus. Par exemple, l'existence d'une position dominante est présumée aux Etats-Unis à partir de 70% et en Allemagne à partir de 40% de seuils de parts de marché depuis la dernière réforme. La traditionnelle bienveillance de la FTC à l'égard des firmes en position dominante contraste avec l'attitude proactive du *Bundeskartellamt* imprégné par l'ordo-libéralisme et très attaché à la préservation de la structure du marché. En réalité, l'Allemagne est l'exemple le plus paroxystique de l'approche différenciée du modèle européen et du modèle américain à l'égard des pratiques unilatérales. Le modèle américain véhicule globalement une conception darwinienne de l'économie et in fine un interventionnisme restreint contrairement au modèle européen qui part du postulat selon lequel pèse sur les entreprises en position dominante une responsabilité particulière. Dans le domaine des pratiques unilatérales, les travaux de l'ICN sont le miroir des désaccords sur l'approche en matière de pratiques unilatérales (A) et le rôle de l'ICN est limité à la favorisation de formes de convergence embryonnaires (B).

A) Les travaux de l'ICN miroir des désaccords sur l'approche en matière de pratiques unilatérales

Le difficile consensus sur les linéaments de l'analyse du droit des pratiques unilatérales (1) ne doit pas occulter l'existence d'un degré de concorde variable selon la typologie des pratiques unilatérales (2).

1) *Un consensus difficile sur les linéaments de l'analyse du droit des pratiques unilatérales*

Pour surmonter ces différences, gravir ce *mont Everest*¹⁹¹, le groupe de travail a cherché, *prima facie*, à recenser les objectifs des différentes législations nationales afférentes aux pratiques unilatérales via l'envoi d'un questionnaire à une trentaine d'Etats. Les résultats font ressortir une pluralité d'objectifs mais certains sont transversaux comme la garantie d'un processus effectif de concurrence et la promotion du bien-être du consommateur¹⁹². A titre d'exemple, sur les 33 Etats, seul le Pakistan ne cite pas la garantie d'un processus effectif de concurrence comme un but à atteindre. Par conséquent, on peut constater une forme de concorde sur les finalités du droit de la concurrence qui dépasse le seul cadre des pratiques unilatérales.

Ces desseins partagés fournissent une base de travail intéressante au Réseau international de concurrence mais il faut nuancer les résultats émanant de ce questionnaire. En effet, le but tendant à garantir l'effectivité du processus concurrentiel est susceptible de renfermer des pratiques très éloignées. En réalité, une analyse plus attentive met en lumière les désaccords entre les Etats sur le rôle de cette finalité. En effet, certains Etats font de cet objectif un but en soi alors que d'autres considèrent qu'il s'agit seulement d'un moyen permettant d'atteindre d'autres fins. On peut même distinguer un troisième groupe d'Etats qui adopte une voie médiane consistant à appréhender la garantie du processus anticoncurrentiel à la fois comme une finalité ultime et un instrument. Suite à ces travaux, l'ICN a publié en avril 2008 des pratiques recommandées portant d'une part, sur la détermination d'une dominance ou d'une puissance commerciale importante et d'autre part, sur les monopoles étatiques et leur traitement

¹⁹¹ LAGDAMEO (C.), *Climbing Mount Everest with the ICN Unilateral Conduct Working Group*, Competition Policy International, 2012.

¹⁹² ICN, Unilateral Conduct Working Group, *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies*, 2007. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>.

par les autorités de concurrence. Les pratiques recommandées relatives à la dominance ont un caractère très général mais leur adoption témoigne d'un consensus sur les fondamentaux de l'analyse substantielle des pratiques unilatérales. Le but est de fédérer les membres du réseau autour de principes matriciels en délaissant les aspérités plus accessoires. Néanmoins, même ce consensus sur les linéaments de l'examen des pratiques unilatérales a été difficile à atteindre.

Ainsi, les paramètres susceptibles d'entrer en ligne de compte pour rapporter la preuve d'un pouvoir de marché significatif ont fait l'objet de vives discussions révélant une autre ligne de fracture entre les pays développés accoutumés à l'analyse concurrentielle et les pays émergents soucieux de voir adopter un examen plus rudimentaire. En effet, la plupart des autorités des pays développés ont estimé qu'il fallait recourir à une analyse multifactorielle, non exclusivement basée sur la part de marché, pour déterminer l'existence d'un pouvoir de marché substantiel. A contrario, l'Autorité de la concurrence sud-africaine a prôné une analyse simplifiée de l'identification d'un pouvoir de marché substantiel basée sur le recours au critère de la part de marché élevé. L'Autorité de la concurrence sud-africaine et son représentant, David Lewis, ont plaidé pour l'utilisation du critère de la part de marché afin de simplifier la tâche des autorités de la concurrence des pays émergents ou en voie de développement¹⁹³.

En définitive, les pratiques recommandées abondent dans le sens des pays développés comme le montre le commentaire n°2 de la pratique recommandée n°2 qui énonce très clairement que : « *l'analyse de la position dominante ou de la puissance commerciale importante comprend, mais ne se limite pas à, l'évaluation des parts de marché*¹⁹⁴ ». S'il existe une certaine réticence à reconnaître la spécificité des Etats, la pratique recommandée ouvre timidement la voie à une prise en compte de la particularité de l'analyse de la dominance dans « *une économie modeste ou isolée du commerce extérieur* »¹⁹⁵. On peut avancer l'idée que la difficulté d'atteindre un consensus sur les pratiques unilatérales a conduit le groupe de travail à faire des concessions contrairement à l'approche uniforme des pratiques recommandées prévalant dans le domaine des concentrations.

¹⁹³ FOX (E.), *loc.cit.*, p. 170-171.

¹⁹⁴ ICN, Unilateral Conduct Working Group, *Dominance/Substantial Market Power Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws*. p. 2. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc595.pdf>.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p.7. Voir également HOOGHOF (K.) et LANGE (M.), ICN, *Unilateral practices, Dominance analysis*, Concurrences, n° 1-2010, p. 208.

Quoiqu'il en soit, cette tension entre l'uniformité et la reconnaissance d'une diversité encadrée met en exergue la difficulté de rassembler des autorités de la concurrence toujours plus nombreuses et évoluant dans des environnements macroéconomiques différents. Dans le sillage de ces pratiques recommandées, les travaux sur les pratiques unilatérales spécifiques ont essaimé.

2) *Un degré de concorde variable selon la typologie des pratiques unilatérales*

Le groupe de travail sur les pratiques unilatérales a publié des rapports sur les prix prédateurs et les clauses d'exclusivité en 2008, sur les ventes liées et les rabais de fidélité en 2009 et sur les refus de vente en 2010. Ces différents rapports, systématiquement articulés autour des réponses d'un échantillon d'autorités de la concurrence à un questionnaire, fournissent un panorama de la pratique des membres du réseau qui permet de faciliter la compréhension de la diversité des approches. Ce faisant, ils jouent un rôle important dans le processus de *divergence documentée*¹⁹⁶ ou « *informed divergence* ».

Il ressort de ces rapports un degré de consensus fluctuant selon la typologie des pratiques unilatérales. A titre d'exemple, le rapport sur les prix prédateurs démontre qu'il existe un diagnostic assez largement partagé sur cette thématique notamment en matière de test de coûts. Ainsi, la quasi-totalité des autorités de la concurrence sondées estiment que les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables sont abusifs¹⁹⁷. Le fait qu'il s'agit d'un des premiers rapports de l'ICN n'est pas le fruit du hasard mais résulte d'une stratégie délibérée. En effet, le Réseau, depuis ses prémices, s'intéresse prioritairement aux sujets les moins clivants pour créer les conditions d'un dialogue fructueux propice à l'émergence de compromis sur des terrains plus controversés. L'assentiment des autorités de concurrence sur les prix prédateurs a conduit le groupe de travail à intégrer cette forme de pratique unilatérale à un manuel pratique¹⁹⁸. Plus récemment encore, lors de sa 13ème Conférence annuelle qui s'est déroulée à Marrakech en

¹⁹⁶ DAUDRET-JOHN (F.) et SOUTY (F.), *loc. cit.*, p. 183.

¹⁹⁷ ICN, Unilateral Conduct Working Group, *Report on Predatory Pricing, Annex to the Report on Predatory Pricing*, p. 31-33. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf>.

¹⁹⁸ ICN, Unilateral Conduct Working Group, *Unilateral Conduct Workbook, Chapter 4 : Predatory Pricing Analysis*, Consultable sur le site www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc828.pdf.

avril 2014, le Réseau international de concurrence a dévoilé les pratiques recommandées sur les prix prédateurs¹⁹⁹.

Ainsi, le groupe de travail sur les pratiques unilatérales a créé en 2010 un outil plus opérationnel : le manuel sur l'analyse des pratiques unilatérales. Contrairement au manuel sur les cartels, sa finalité est surtout de permettre aux autorités d'autoévaluer leur pratique à l'aune de la pratique des autres autorités et seulement de façon subsidiaire de constituer un guide pour la résolution des pratiques unilatérales. Outre le chapitre sur les prix prédateurs, ce manuel pratique comprend des développements relatifs aux objectifs des pratiques unilatérales, à l'analyse de la dominance et aux clauses d'exclusivité. Cette dernière thématique a été au cœur du premier atelier d'envergure « régional » organisé à Singapour les 24 et 25 juillet 2012. Cet atelier décentralisé, axé sur un sujet précis, témoigne d'une volonté de l'ICN de créer les conditions propices au dialogue et à l'interaction au sein d'un comité restreint composé d'autorités de la même région souvent proches culturellement. Si l'ensemble de ces travaux démontre la productivité du groupe sur les pratiques unilatérales, celui-ci ne s'est, en revanche, pas répandu sur leur fonction dans le processus de convergence.

B) Le rôle limité de l'ICN à la favorisation de formes de convergence embryonnaires

En ce qui concerne les pratiques recommandées à vocation générale dans le domaine des pratiques unilatérales, l'ICN n'a consacré aucune étude directement à leur degré de mise en œuvre. Conscient de cette lacune, le groupe de travail sur les pratiques unilatérales a fait de la promotion de ses travaux et tout particulièrement des pratiques recommandées une de ses priorités lors du dévoilement de son programme de travail sur la période 2013-2016²⁰⁰. Même en l'absence d'étude, on peut d'ores et déjà constater que ces pratiques recommandées, édictées assez tardivement, n'ont clairement pas eu le même écho que celles en matière de concentrations en raison des éléments sus-évoqués.

¹⁹⁹ ICN, Unilateral Conduct Working Group, *Predatory Pricing Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws, 2014*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc966.pdf>.

²⁰⁰ ICN, Unilateral Conduct Working Group, *2013-2016 Work Plan*, p. 3. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc910.pdf>.

Pour autant, un ensemble de facteurs montre qu'elles ne sont pas insignifiantes. Ainsi, le dernier bilan annuel des réalisations de l'ICN mentionne certaines réussites en matière de pratiques unilatérales tout en restant assez évasif et imprécis. Selon ce document, de nombreuses autorités de la concurrence se servent des pratiques recommandées relatives à la dominance comme d'une référence²⁰¹. Par ailleurs, un auteur souligne, sans plus de précisions, que les pratiques recommandées sur les monopoles d'Etat, principalement destinées aux pays émergents, ont été signalées par les autorités récemment créées de ces pays comme l'un des travaux les plus utiles du Réseau international de concurrence²⁰². En 2013, dans son bilan des réalisations, l'ICN a déclaré que de nombreuses autorités exploitaient les pratiques recommandées pour analyser les affaires auxquelles elles sont confrontées²⁰³.

Au-delà de ces développements succincts, l'état de la convergence est encore au stade embryonnaire de la divergence documentée, préalable indispensable à toute forme d'avancée plus ambitieuse. Pour l'ICN, l'objectif premier est de favoriser la compréhension du pluralisme des approches concernant les pratiques unilatérales. Ainsi, ces documents sont surtout utilisés par les membres du réseau dans une perspective notamment de comparaison avec les approches des autres autorités. L'ICN précise également que certains de ces travaux servent, plus prosaïquement, d'entraînement aux membres du réseau²⁰⁴. L'utilisation des documents de l'ICN à ces fins n'est pas une spécificité propre à la thématique des pratiques unilatérales mais dans les autres composantes, les documents de l'ICN ont également impulsé des convergences plus actives.

Quoiqu'il en soit, la dimension concrète des réalisations de l'ICN est l'une de ses forces car elle permet aux jeunes autorités de s'entraîner et d'intérioriser progressivement les standards internationaux qu'il édicte. Au surplus, la rareté des occurrences en matière d'abus de position dominante renforce la nécessité pour l'ensemble des autorités de s'entraîner afin de ne pas être prises au dépourvu une fois confrontées aux différents types de pratiques unilatérales. Dans ce domaine, l'un des exemples topiques des travaux qui servent aux autorités à s'entraîner est le cas pratique hypothétique sur les rabais de fidélité développé par le groupe de travail sur les

²⁰¹ ICN, *Statement of Achievements 2001-2013, préc.*, p. 21-22.

²⁰² JOHN (I.) et GRAY (J.), *The International Competition Network: A Decennial Retrospective*, Antitrust, Vol. 26, No. 2, Spring 2012. Consultable sur le site http://www.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications2707_0.pdf

²⁰³ ICN, *Statement of Achievements 2001-2013, préc.*, p. 6-7.

²⁰⁴ *Ibid.*

pratiques unilatérales et soumis aux membres du Réseau international de concurrence lors d'un atelier organisé à Bruxelles en 2010 et lors de la 10ème conférence annuelle du Réseau international de concurrence qui s'est déroulée à La Haye en 2011²⁰⁵. Dans ce cas pratique dénommé « *Cerveja* », la compagnie du même nom détient une part de marché de 70% sur le marché de la fourniture de bière dans un pays appelé « *ICNland* ». Toutefois, cette compagnie doit faire face à l'arrivée d'un leader international de la fourniture de bière appelé « *Hollandia* » qui rachète un fournisseur local et parvient à atteindre une part de marché non négligeable de 18%. En réaction, Cerveja a mis en place un système de rabais au profit de ses détaillants basé sur le volume des ventes de la bière Cerveja. Les différentes autorités de la concurrence devaient déterminer s'il y avait ou non un abus de position dominante. Lors de l'atelier de travail à Bruxelles, la majorité des participants ont estimé nécessaire de mener des investigations plus approfondies pour déterminer si la politique de rabais menée par Cerveja engendrait un abus de position dominante. A l'occasion de la Conférence annuelle de La Haye en 2011, une simulation d'audience devant une juridiction a été organisée. Une équipe devait démontrer l'existence d'une position dominante et l'autre était en charge de la défense de Cerveja. Finalement, le panel de juges a conclu à l'existence d'un abus de position dominante. Cependant, le jury, composé de 500 délégués de l'ICN appartenant à plus de 90 pays a voté à plus de 56% en faveur de l'absence d'abus de position dominante.

Ces résultats contrastés montrent la difficulté de faire le départ entre les aspects pro-concurrentiels et anticoncurrentiels des rabais de fidélité. En outre, la dispersion des votes est le reflet de l'opposition entre les modèles américains et européens. En effet, la jurisprudence américaine appréhende les rabais de fidélité comme une stratégie commerciale ayant des effets pro-concurrentiels contrairement à la tendance prévalant en Europe où les rabais de fidélité pratiqués par une entreprise en position dominante sont sanctionnés souvent *per se* comme l'illustre le récent arrêt *Tomra* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 19 avril 2012²⁰⁶.

Nonobstant ces désaccords, un consensus semble émerger sur la nécessité de démontrer les effets de forclusion actuels ou potentiels et in fine la dégradation du bien-être du consommateur entraînés par des rabais de fidélité pratiqués par une firme en position dominante. Cet exercice

²⁰⁵ LAGDAMEO (C.) et WEBB (C.), *The Unilateral Conduct Working Group: You be the Judge - Scrutinizing a Loyalty Discount & Rebate Case*, Competition Policy International, 14 juillet 2011.

²⁰⁶ CJUE, 3e ch., 19 avril 2012, *Tomra Systems ASA et a.*, aff. C-549/10 P.

de simulation n'en demeure pas moins utile car il permet aux protagonistes de réfléchir ensemble *in situ* sur une affaire hypothétique mais très réaliste. Or, la réflexion partagée constitue une première étape vers le rapprochement des pratiques.

D'autres exemples montrent également qu'il existe des ersatz d'influence active de l'ICN sur la convergence en matière de pratiques unilatérales. Récemment, lors de la 12^{ème} conférence annuelle qui s'est tenue à Varsovie, l'Autorité de la concurrence mongolienne a expliqué qu'elle avait consulté les différents documents produits par le groupe de travail sur les pratiques unilatérales préalablement à l'élaboration d'amendements destinés à intégrer progressivement l'approche par les effets en matière d'abus de position dominante²⁰⁷.

Il est également intéressant de remarquer, une nouvelle fois, le rôle de certaines associations privées dans le processus de légitimation des pratiques recommandées sur les pratiques unilatérales. Ainsi, les travaux produits par le groupe de travail sur les pratiques unilatérales commencent à s'imposer comme une référence à laquelle renvoie notamment les associations privées de praticiens du droit de la concurrence. On peut prendre l'exemple du Paraguay qui s'est doté d'un droit de la concurrence seulement en 2013²⁰⁸ même si un projet de loi dépassant le simple cadre des pratiques unilatérales, a été soumis à consultation publique dès 2009. A cette occasion, l'influente Association américaine du barreau a loué la qualité des travaux de l'ICN et invité le Paraguay à s'inspirer notamment des documents élaborés par le groupe de travail sur les pratiques unilatérales²⁰⁹. Il est difficile de savoir si le Paraguay a réellement suivi les recommandations de l'ICN. Cependant, la mention des documents de l'ICN par ces associations privées contribue à les standardiser sur la scène internationale. En outre, le Paraguay n'étant pas membre du réseau, l'ABA a été une nouvelle fois un vecteur de diffusion externe des documents de l'ICN.

Plus récemment, en 2012, lors de l'examen de son projet de lignes directrices afférent aux abus de position dominante, l'Association internationale du barreau a recommandé à la Malaisie de

²⁰⁷ MUNKHKHAND (B.), *Implementation of the ICN work products*, Présenté lors de la 12^{ème} Conférence annuelle de l'ICN à Varsovie. p. 11. Consultable sur le site http://icnwarsaw2013.org/wp-content/uploads/2013/04/ICNtroduction_2013.pdf.

²⁰⁸ PEREIRA (Y.), *Promotes market competition with new law*. Consultable sur le site <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=21040288-fa7d-4a06-bd88-41c83ee42cd9>.

²⁰⁹ American Bar Association, *Joint Comments of the Section of Antitrust Law and Section of International Law on Paraguay's « In Defense of Competition Bill »*. Consultable sur le site http://www.american-bar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_paraguay.pdf.

s'inspirer des travaux de l'ICN²¹⁰. L'Association a conseillé d'adopter une approche moins formaliste des rabais de fidélité et a suggéré à l'Autorité de la concurrence malaisienne (ci-après « MyCC ») de s'inspirer du bon travail de l'ICN dans ce domaine pour expliciter davantage la démarche à suivre. A la suite de cette consultation publique, la « MyCC » a publié ses lignes directrices en août 2012²¹¹ qui promeuvent une approche par les effets illustrée par la référence au concurrent tout aussi efficace. Il est néanmoins difficile de savoir si la « MyCC » s'est inspirée du travail du groupe sur les rabais de fidélité car les *guidelines* restent très évasives sur l'appréciation de la nocivité de ces pratiques difficiles à appréhender.

L'ABA a continué de se référer aux travaux du groupe sur les pratiques unilatérales lors de son commentaire relatif au projet de lignes directrices de la COMESA afférent notamment à l'abus de position dominante. Le projet de lignes directrices de la COMESA instaure un seuil de 40% de parts de marché au-dessus duquel une entreprise est présumée être en position dominante. L'ABA recommande à la COMESA d'abandonner cette présomption de dominance basée sur le seul recours à la part de marché en se référant à la pratique recommandée sur l'analyse d'une position dominante ou d'une puissance commerciale importante relativement à des comportements unilatéraux²¹².

Par conséquent, on peut constater une progression de la visibilité des documents du groupe de travail sur les pratiques unilatérales et de leur impact même si les exemples de leur influence directe restent faméliques. Si la sphère des pratiques unilatérales n'est pas épargnée par les mouvements de convergence, ceux-ci ne peuvent être directement mis à l'actif de l'ICN.

Ainsi, les orientations de la Commission du 24 février 2009 sur l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction mises en œuvres par les opérateurs dominants²¹³ témoignent d'un renforcement de l'analyse économique et alignent partiellement le modèle européen sur le

²¹⁰ International Bar Association, *Antitrust Committee submission regarding the Malaysian Competition Commission's guidelines on abuse of dominant position*. Consultable sur le site <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=10F89026-37F6-4B65-8CBC-40C11E9D3E33>.

²¹¹ Malaysia Competition Commission Guidelines, *Chapter 2 Prohibition*, Consultable sur le site <http://mycc.gov.my/wp-content/uploads/2014/05/Chapter-2-Prohibition.pdf>.

²¹² American Bar Association, *Joint Comments of the Section of Antitrust Law and Section of International Law on the COMESA Draft Guidelines on Public Interest and Application of Articles 16 and 19* (Consultable sur le site http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/international_law/aba_comesa_part_ii_comments. Pdf.

²¹³ Communication de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE, n° C. 45, 24 février 2009.

modèle américain. La prévalence de l'analyse économique sur l'approche formaliste a été confirmée dans la pratique en 2012 par la jurisprudence *Post Danmark*²¹⁴ de la Cour de justice qui consacre l'approche par les effets en matière d'abus éviction. On peut ainsi parler d'un mouvement de convergence formelle dédoublé par un rapprochement des pratiques décisionnelles.

Si la publication de la communication de 2009 est intervenue après l'édiction de plusieurs documents du groupe de travail sur les pratiques unilatérales dont la Commission européenne aurait pu s'inspirer, attribuer la paternité à l'ICN du changement de paradigme européen en matière de pratiques unilatérales reviendrait à commettre un biais de confirmation. En effet, la communication de 2009 est la résultante d'un mouvement d'expansion de l'analyse économique en Europe datant approximativement de la fin des années 90 et du début des années 2000 et antérieur à la mise en place du groupe de travail sur les pratiques unilatérales de l'ICN en 2006. Dans une moindre mesure, les Etats-Unis ont également amorcé un recentrage de leur politique de concurrence. L'un des signaux les plus emblématiques de ce léger infléchissement est le retrait en 2009 du Rapport du *Department of Justice* sur la Section 2 du Sherman Act. Ce rapport sur le traitement des comportements unilatéraux publié en 2008 par le DOJ avait été vertement critiqué par la *Federal Trade Commission* pour sa conception minimaliste de l'intervention des pouvoirs publics et son laxisme à l'égard des grandes firmes privées. Le retrait de ce rapport a signé un retour de la *convergence à l'intérieur de Washington*²¹⁵ entre les deux autorités fédérales en charge de la concurrence qui cherchent désormais à s'accorder pour mener une « *application rigoureuse de la politique de concurrence* »²¹⁶. Ce rapprochement mesuré de la politique de la concurrence américaine vers la politique antitrust européenne, s'explique principalement par une variable politique : l'arrivée au pouvoir des démocrates en 2008.

Par conséquent, force est de constater le rôle indirect et dilué de l'ICN pour expliquer les mouvements conséquents de convergence dans le domaine éminemment politique des pratiques unilatérales. L'ICN est un canal de coopération multilatérale, parmi d'autres, qui a facilité le dialogue et la coopération entre les équipes des autorités de la concurrence américaines et

²¹⁴ CJUE, gde chbre, 27 mars 2012, *Post Danmark*, contre *Konkurrenceradet*, aff. C-209/10.

²¹⁵ MONTI (M.), *Concurrence : L'Amérique converge vers l'Europe*, Concurrences n° 3-2009, p. 1.

²¹⁶ Voir notamment VARNEY (C.), *Vigorous antitrust enforcement in this challenging era*, Remarks as Prepared for the Center for American Progress, 2009.

européennes. La multiplication et l'intensification de ces points contacts sont aujourd'hui plus que jamais nécessaires car les connexions actuelles sont loin d'avoir résorbées les différences entre le modèle européen et le modèle américain. Par exemple, les pratiques décisionnelles européenne et américaine diffèrent toujours sensiblement concernant la stratégie de compression des marges et la théorie des facilités essentielles sans qu'il y ait pour l'instant une once de conciliation. Ainsi, dans l'arrêt *Telia Sonera* de 2011²¹⁷, la Cour de justice reconnaît que la compression des marges pratiquée par une entreprise en position dominante est constitutive d'un abus lorsque l'écart entre les prix de gros et de détail ne permet pas à un concurrent aussi efficace d'opérer sur le marché aval contrairement à la Cour Suprême américaine qui refuse de reconnaître la théorie du ciseau tarifaire dans l'arrêt *Linkline* de 2009²¹⁸.

En définitive, la convergence en matière de pratiques unilatérales est encore balbutiante et contraste quelque peu avec l'ensemble des autres domaines du droit de la concurrence. Le processus de convergence est tributaire d'une part, de la persistance d'un décalage entre les politiques de la concurrence américaine et européenne et d'autre part, de façon plus ténue, d'une réticence de certains pays émergents à adopter les standards internationaux exigeants et complexes fixés par l'ICN. Ce sont les raisons pour lesquelles, dans le domaine de l'abus de position dominante, le saut qualitatif de la convergence active est rarement franchi et la *divergence documentée* reste « la règle ».

Pour accélérer le rapprochement dans le domaine des pratiques unilatérales, une partie de la doctrine²¹⁹ estime que les économistes devraient avoir une influence plus importante sur les travaux du réseau international de concurrence. En effet, les économistes sont supposés parler le même langage contrairement aux juristes imprégnés par des traditions juridiques différentes. Instrument d'objectivation des faits, l'analyse économique est susceptible d'asseoir la légitimité d'une norme ou d'une recommandation mais son efficacité pour renforcer la convergence mérite d'être nuancée pour plusieurs raisons.

²¹⁷ CJUE, 17 février 2011, *Konkurrensverket contre TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09.

²¹⁸ US Supreme Court, 25 février 2009, *Pacific Bell Telephone Co. D/B/A AT & T California v. linkLine Communications, Inc. et al.*, n° 07-512.

²¹⁹ Voir notamment MANDORFF (M.), *Engaging economists in the ICN: Uniting under a common language*, *Competition policy international*, et LAGDAMEO (C.), *Climbing Mount Everest with the ICN*, *Competition Policy International*.

Tout d'abord, la première réserve porte sur le mythe de l'univocité de l'analyse économique. En effet, l'économie n'est pas une science dure et les économistes ne parlent pas systématiquement d'une même voix. Il existe des controverses fondamentales sur des principes matriciels de l'analyse économique comme le postulat de l'être rationnel remise en cause par une partie des économistes. Par ailleurs, David Gerber insiste sur la perméabilité des économistes aux tropismes nationaux²²⁰.

Ensuite, l'analyse économique seule ne peut aplanir les différences entre les droits nationaux. Dans son ouvrage, David Gerber utilise le concept de *l'embeddedness*²²¹ pour montrer que l'analyse économique est fortement influencée par le système procédural et institutionnel dans lequel elle s'insère. L'auteur démontre que les facteurs procéduraux et institutionnels ont contribué à la prépondérance de l'analyse économique aux Etats-Unis et à sa relégation au second plan en Europe. Ainsi, la focalisation sur l'analyse économique comporte le risque de négliger les causes plus profondes des disparités transatlantiques qui obèrent le mouvement de convergence des droits dans ce domaine. A travers la notion de *l'embeddedness* on entrevoit les limites de la convergence initiée par l'ICN sous sa forme actuelle. En effet, la meilleure représentativité des économistes au sein du réseau est le seul paramètre sur lequel l'ICN peut agir véritablement car son emprise est plus faible sur les autres divergences plus radicalement ancrées dans le patrimoine des Etats comme les variables sociales, politiques et culturelles. L'activité grandissante du groupe sur le plaidoyer en faveur des politiques de concurrence pourrait, dans une certaine mesure, influencer sur ces paramètres.

Indépendamment des réflexions sur ses orientations futures, le groupe de travail sur les pratiques unilatérales s'est engagé dans une ascension difficile mais salutaire. Désormais, l'ICN se doit d'explorer l'épineux sujet des restrictions verticales, terres inconnues de la convergence des droits de la concurrence.

²²⁰ GERBER (D), *Global Competition Law Convergence : Potential Roles for Economics*, Chicago-Kent College of Law Research Paper No. 2014-05, 4 juillet 2013, p. 14.

²²¹ GERBER (D.), « Competition Law and the Institutional Embeddedness of Economics, 2009 » in *Economic Theory and Competition Law*, Josef Drexler et al (eds), Cheltenham, 2009. Consultable sur le site http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/219.

Conclusion

La présente étude met en évidence des invariants notables concernant le rôle de l'ICN sur la convergence des droits de la concurrence.

Tout d'abord, cette étude centrée sur l'ICN montre son rôle moteur dans la dynamique globale de rapprochement des droits de la concurrence. Les domaines les plus avancés de la convergence, le droit procédural des concentrations et la lutte contre les cartels, sont également ceux où l'ICN a généré un fort mouvement de convergence. En ce sens, l'ICN a rempli sa mission originelle fixée par l'ICPAC²²². Si le réseau s'est prioritairement attaqué à des sujets naturellement enclins à la convergence²²³, son succès est une belle surprise. En effet, le Réseau a su produire à la fois une convergence normative et une convergence opérationnelle. Le premier mouvement s'observe aisément. Forum d'échanges, lieu de rencontres entre les spécialistes du droit de la concurrence²²⁴, l'ICN a facilité l'intercompréhension mutuelle et ouvert la voie à des rapprochements normatifs spontanés vers un référentiel qui s'impose naturellement comme les pratiques recommandées procédurales en droit des concentrations. Autour de ces outils, s'articule également un rapprochement normatif « provoqué » ou « incité » par une pluralité d'acteurs. Pour un regard extérieur, le second mouvement de convergence des bonnes pratiques des autorités est plus difficilement saisissable car moins visible sauf en matière de cartel.

Par ailleurs, on remarque une autre constante polarisée autour du *distinguo* entre les règles procédurales et les règles substantielles. Ce fil directeur se matérialise par une atténuation de l'intensité de l'influence du Réseau international de concurrence sur les règles de fond indépendamment des composantes du droit de la concurrence et des variables secondaires comme le produit intérieur brut des Etats ou les aires géographiques. En effet, qu'il s'agisse des règles de fond en matière de droit des concentrations, de lutte contre les cartels ou de pratiques unilatérales, la voix de l'ICN perd de sa portée. L'ICN se fait le vecteur de la tendance globale prévalant dans ces domaines mais achoppe à produire de la convergence active. Cette emprise

²²² Int'l Competition Policy Advisory Comm. to the Attorney General: Antitrust Div., FINAL REPORT 281–302 (2000) [hereinafter ICPAC REPORT], Consultable sur le site <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.htm> (discussing what a new international network of competition agencies could add to work already performed by existing bodies). Chapter 2, 3 et 4.

²²³ FOX (E.), *loc. cit.*, p. 173 : « *the ICN has picked much of the low-hanging fruit* ».

²²⁴ IDOT (L.), *loc. cit.*, p. 12.

moindre de l'ICN n'est pas surprenante car ces règles renvoient à des choix cruciaux en matière de politique de la concurrence et touchent à des questions de souveraineté. Déjà mise en évidence par Daniel Sokol²²⁵, cette limite est inhérente aux organisations internationales informelles.

Enfin, on s'aperçoit que la convergence est un processus sans cesse éprouvé. Même dans les espaces géographiques et les domaines de forte convergence, l'élimination des aspérités est une véritable gageure. Ainsi, au sein de l'Union européenne, zone privilégiée de convergence, l'utilisation du même test substantif par les autorités françaises et britanniques n'a pas empêché l'adoption de décisions contradictoires dans l'affaire *Myferrylink*²²⁶ et ce en raison d'une application divergente du scénario contrefactuel.

Ceci nous amène à une brève réflexion prospective sur l'avenir du Réseau international de concurrence, sa pérennité et la stratégie appropriée pour poursuivre cette tâche herculéenne qu'est la convergence des droits de la concurrence. In abstracto, l'ICN pourrait constituer un socle sur lequel construire un véritable droit transnational de concurrence. Le passage de la contrainte informelle à la contrainte formelle suit un cycle naturel mais cet objectif semble inatteignable à court terme. A l'heure actuelle, l'amélioration de la convergence passe par l'élaboration de nouveaux travaux mais surtout par la consolidation de l'existant. L'intensification de la diffusion des documents, l'accompagnement et l'assistance des autorités de la concurrence sont les principales antiennes de la nouvelle décennie qui s'est ouverte pour l'ICN²²⁷. A l'instar de la formule initiée par l'ICN des ateliers décentralisés, la prolongation du processus de convergence sous une forme non contraignante passe également peut-être par la multiplication de réseaux régionaux interconnectés à l'ICN et calqués sur son modèle. A cet égard, la création, en mars 2011, du Forum Africain de la Concurrence montre que le succès de l'ICN a été une source d'inspiration²²⁸ et que l'ère des réseaux transnationaux informels en droit de la concurrence a de beaux jours devant elle.

²²⁵ SOKOL (D.), *loc. cit.*, p. 121.

²²⁶ Autorité de la concurrence, 7 novembre 2012, *Groupe Eurotunnel / SeaFrance*, décision n° 12-DCC-154 et Competition Commission (CC), 6 juin 2013, *Groupe Eurotunnel S.A. & SeaFrance S.A.*

²²⁷ Voir notamment MUNDT (A.), *Shaping the ICN's Next Years*, Competition Policy International, 2012.

²²⁸ BAKHOUM (M.), « Interfacing the 'Local' with the 'Global': A Developing Country Perspective on 'Global Competition' », in *Competition Law on the Global Stage : David's Gerber's Global Competition Law in Perspective*, Nicolas Charbit et Elisa Ramundo (eds.), Institute of Competition Law, 2014, p. 156-157.

Bibliographie

1 Principales sources officielles

❖ Législation, lignes directrices de l'Allemagne

- Loi contre les restrictions à la concurrence du 30 juin 2013.
- *Merger Guidelines*, 29 mai 2012.

❖ Législation et Lignes directrices de l'Australie

- *Trade Practices Amendment Act*, 2009.
- *Merger guidelines*, novembre 2008.

❖ Législation du Brésil

- Loi brésilienne du 29 mai 2012.

❖ Projet de lignes directrices du COMESA

- *Draft Merger Assessment Guidelines*, avril 2013.

❖ Lignes directrices du Chili

- *Merger Guidelines*, octobre 2012.

❖ Législation de la Chine

- Loi anti-monopole de la République populaire de Chine du 1er août 2008.
- *Interim Regulations on Standards Employed for Simple Cases of Concentrations of Undertakings*, 12 février 2014.

❖ Lignes directrices des Etats-Unis

- *Horizontal Merger Guidelines* du 8 août 2010.
- *Non Horizontal Merger Guidelines* du 14 juin 1984.

❖ Législation de l'Inde

- Loi indienne sur la concurrence du 1er juin 2011.

❖ Législation de l'Italie

- Law n°27, 24 mars 2012.

❖ Législation, réglementation et lignes directrices de l'Union Européenne

- Règlement du Conseil n°139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises.
- Lignes Directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales *JOUE* n° L. 24, 29 janvier 2004.
- Communication de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOUE*, n° C. 45, 24 février 2009.

❖ Législation, réglementation et lignes directrices de la France

- Code de commerce
- Communiqué de procédure du 17 avril 2007 relatif au programme de clémence français

❖ Lignes directrices de la Malaisie

- *Malaysian Competition Commission's Guidelines on Abuse of Dominant Position*, août 2012.

❖ Législation du Portugal

- Loi n°39/2006 du 25 août 2006.
- Loi n°19/2012 du 8 mai 2012.

❖ Législation de la République Tchèque

- *Competition Act, Amendment n°155/2009*, 1er septembre 2009.

❖ Législation du Royaume-Uni

- *Enterprise act, 2003*.

❖ Législation et lignes directrices de la Turquie

- *Communiqué n°2010/4 Concerning the Mergers and Acquisition for the Authorization of the Competition Board*.
- *Guidelines on Undertakings concerned, Turnover and Ancillary Restraints in Merger and Acquisitions*.

❖ Législation, réglementation et lignes directrices de l'Union Européenne

- Règlement du Conseil n°139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises.
- Lignes Directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales *JOUE* n° L. 24, 29 janvier 2004.
- Communication de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOUE*, n° C. 45, 24 février 2009.

❖ Principaux Travaux de l'ICN

➤ Travaux transversaux

- ICN, *Statement of Achievements 2001-2013*, Présenté lors de la 12^{ème} Conférence annuelle de l'ICN à Varsovie, Pologne, 24-26, avril 2013. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc905.pdf>.
- ICN, *Activity Report on ICN Advocacy and Implementation Network 2012-2013*. Consultable sur le site http://www.jftc.go.jp/en/int_relations/icn.files/AISUPActivity2012-13.pdf.
- ICN, *Competition Law in Small Economies*, Projet spécial pour la 8^{ème} Conférence annuelle préparé par l'Autorité de la concurrence suisse et l'Autorité de la concurrence israélienne. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc385.pdf>.
- FINGLETON (J.), *The ICN's Vision for its Second Decade*, Présenté lors de la 10^{ème} Conférence annuelle de l'ICN à La Haye en 2011. Consultable sur le site <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf>.
- MUNDT (A.), *The International Competition Network lays the groundwork for further convergence*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc964.pdf>.

➤ Groupe de travail sur les cartels

- ICN, *Anti-Cartel Enforcement Manual*, Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>.

- ICN, Subgroup 2: Enforcement Techniques, *Anti-Cartel Enforcement Template Cartels Working Group*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/templates.aspx>.
- ICN, *Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties* Consultable sur le site : <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>.
- ICN, *Cartels Working Group, 2008-2009 Member Materials from Conference Call Series*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc352.pdf>.
- ICN, *Cartels Working Group, 2009 – 2010 Work Plan*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc603.pdf>.
- ICN, *Trends and Developments in Cartel Enforcement*, Présenté à la 9ème conférence annuelle du Réseau international de concurrence à Istanbul en Turquie le 29 avril 2010. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc613.pdf>.
- NGEMA (B.), *Overview of Anti-Cartel Enforcement Manual Chapters – Best Practices Searches, Raids and Inspections A South African perspective*, consultable sur le site [http://www.acodeco.gob.pa/icn-program.asp /](http://www.acodeco.gob.pa/icn-program.asp/).
- HORNA (P.), *Overview of Anti-Cartel Enforcement Manual Chapters - Compilation of best practices, Main issues raised in the UNCTAD Cartel Detection and Investigation Manual made for the “Komisi Pengawas Persaingan Usaha” (KPPU) of Indonesia*. Consultable sur le site [http://www.acodeco.gob.pa/icn-program.asp /](http://www.acodeco.gob.pa/icn-program.asp/).
- SARAI (J.), *Implementation / utilisation of ICN work products in the Hungarian competition law*, Report the Joint Implementation/ Outreach Panel, 7^{ème} Conférence annuelle, 14-16 avril 2008.

➤ Groupe de travail sur les concentrations

- ICN, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.
- ICN, *Recommended practices for Merger Analysis*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc316.pdf>.
- ICN, *Guiding Principles For Merger Notification and Review*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc591.pdf>.
- ICN, *Report on the Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, avril 2005. Consultable sur le site www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc324.pdf.
- ICN, *Merger Working Group Assessment, 2010-2011*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc767.pdf>.
- ICN, *Mergers Working Group, Tools for Change: Implementing the Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures*, Télé-séminaire, 13 avril 2010. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc610.pdf>.
- ICN, *Merger Working Group, Practical Aspects of International Cooperation in Merger Cases: Alignment of Proceedings*, Télé-séminaire, 17 octobre 2013. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc941.pdf>.
- ICN, *Merger Working Group, How does your merger review regime conform to the ICN's Recommended Practices? A discussion of self-assessment tools*, Télé-séminaire, 10 avril 2014. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc959.pdf>.

- GENEVAZ (S.), ICN Merger Working Group, *Présentation des pratiques recommandées sur les notifications et l'analyse d'opérations de concentration*, 24 mars 2014, Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc962.pdf>. Date Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc962.pdf>.
- MARTINEZ (A-P.), *Brazil: Implementing ICN's Recommended Practices*, Présenté lors de la Conférence annuelle de l'ICN à Moscou en 2007. Consultable sur le site <http://portal.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B6A7E2F19-B655-420B-BCAD49D852823D3D%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>.
- MATEUS (A.), *The Portuguese Competition Authority's Experience with the ICN Recommended Practices and Anti-Cartel Enforcement Manual*, Présenté lors de la sixième Conférence annuelle de l'ICN à Moscou en 2007, p. 10-11. Consultable sur le site http://en.fas.gov.ru/netcat_files/Analytical%20materials/MKS/Presentation%20of%20Abel%20Moreira%20Mateus.ppt.
- PECINA (M.), *Implementing the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review*, Présenté lors de la 6^{ème} Conférence annuelle à Moscou en 2007. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc425.pdf>.
 - Groupe de travail sur les pratiques unilatérales
- ICN, Unilateral Conduct Working Group, *Dominance/Susbtantial Market Power Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws*. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf>.
- ICN, Unilateral Conduct Working Group, *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies*, 2007. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>.

- ICN, Unilateral Conduct Working Group, *Report on Predatory Pricing, Annex to the Report on Predatory Pricing*, Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf>.
- ICN, Unilateral Conduct Working Group, *2013-2016 Work Plan*, p.3. Consultable sur le site <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc910.pdf>.
- MUNKHKHAND (B.), *Implementation of the ICN work products*, Présenté lors de la 12ème Conférence annuelle de l'ICN à Varsovie en 2013. Consultable sur le site http://icnwarsaw2013.org/wp_content/uploads/2013/04/ICNtroduction_2013.pdf.

❖ Travaux de l'OCDE

- Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, Travaux de l'OCDE, 13 mai 1998, [C(98)35/FINAL]).
- OCDE, *Table ronde sur les sanctions prononcées à l'encontre de personnes physiques dans des affaires d'entente*, 2003.
- OCDE, *Table ronde sur les preuves économiques dans l'analyse des fusions*, février 2011.

2. Sites internet

- American Bar Association, *Joint Comments of the Section of Antitrust Law and Section of International Law on Australian Consumer and Competition Commission Draft Merger Guidelines 2008*. Consultable sur le site http://www.american-bar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_ausdraftmerger.pdf.
- American Bar Association, *Joint Submission of the Sections of Antitrust Law, Intellectual Property Law and International Law on the Proposed Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China*. Consultable sur le site http://apps.american-bar.org/intlaw/committees/business_regulation/antitrust/chinacommentisantimonopoly.pdf.

- American Bar Association, *Section of the of Antitrust Law and Section of International Law on the MOFCOM Draft Interim Regulation on Standards Applicable to Simple Cases of Concentrations of Concentrations of Business Operators*, 16 mai 2013. Consultable sur le site http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_simple_20130516.authcheckdam.pdf.

- American Bar Association, *Section of Antitrust Law And Section Of International Law In Response to the COMESA Competition Commission's Request For Comments On the Proposed Draft Guidelines to the COMESA Competition Regulations*, 2004. Consultable sur le site http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/international_law/comments_sal_sil_re_comesa_draft_guidelines_6_5_2013.pdf.

- American Bar Association, *Joint Comments of the Section of Antitrust Law and Section of International Law on the COMESA Draft Guidelines on Public Interest and Application of Articles 16 and 19 (Horizontal and Vertical Business Practices) and 18 (Abuse of Dominance) August 20, 2013* Consultable sur le site http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/international_law/aba_comesa_part_ii_comments.pdf.

- American Bar Association, *HMW Revision Project – Comment Project n°. P092900*, June 4, 2010. Consultable sur le site http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_2010_hmg.pdf.

- International Bar Association, *Antitrust Committee Working group in India's proposed mandatory merger notification regime*. Consultable sur le site <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=434F5661-D5E8-48C9-A147-59CB03E74605>.

- International Bar Association, *Antitrust Committee submission regarding the Malaysian Competition Commission's guidelines on abuse of dominant position*. Consultable sur le site <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=10F89026-37F6-4B65-8CBC-40C11E9D3E33>.

- *India's New Merger Control Regime: Final Regulations Published.* Consultable sur le site http://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFs/India_merger_control_client_briefing_May_2011.pdf.
- McDermott Will & Emery, *China's Merger Control Rules Changing: MOFCOM Publishes New Draft Regulations on Remedies and Simple Cases.* Consultable sur le site <http://www.mwe.com/Chinas-Merger-Control-Rules-Changing-MOFCOM-Publishes-New-Draft-Regulations-on-Remedies-and-Simple-Cases-04-17-2013/?#>
- Ministry of economic development, Manatu Ohanga, *Cartel Criminalisation*, Discussion Document January 2010 N-Z, p.11. Consultable sur le site http://www.med.govt.nz/business/competition-policy/pdf-docs-library/cartel_criminalisation-discussion-document.pdf.
- BRANDENBURGER (R.) et MATELIS (J.), *The 2010 U.S. Horizontal Merger Guidelines: A Historical and International Perspective.* Consultable sur le site <http://www.justice.gov/atr/public/articles/280478.htm>.
- CAMPBELL (N.), *Merger Streamlining Group*, MacMillan, 28 février 2014. Consultable sur le site http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4233-merger-streamlining-group.html.
- JEPHCOTT (M.), *The new Standards on Simple Cases for Merger Control Review issued by China's MOFCOM and some comparisons with the EU merger control simplification measures.* Consultable sur le site <http://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/Files/ebulletins/2014/20140221%20-%20The%20new%20Standards%20on%20Simple%20Cases%20for%20Merger%20Control%20Review.htm>
- MOTTA (E.), *Advocacy Efforts to Strengthen Competition Law & Enforcement: Mexico's experience*, Paris, Octobre 2012. Consultable sur le site http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cfc_mexico_icn_advocacy_worksop_oct12.pdf.
- PEREIRA (Y.), *Promotes market competition with new law.* Consultable sur le site <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=21040288-fa7d-4a06-bd88-41c83ee42cd9>

- SCHMIDT (J-P.), *Merger Control: Germany facilitates implementation of M&A transactions*. Consultable sur le site <http://www.mayerbrown.com/publications/Merger-Control-Germany-Facilitates-Implementation-of-MampA-Transactions-06-25-2009/>.

3. Ouvrages

- GERBER (D.), *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford University Press (OUP), 2010, pp. 350.

4. Articles

- ABBOTT (A.), *Interview with Felipe Irarrázabal, Chile's National Economic Prosecutor*, The Antitrust Source on Avril 9, 2013.
- BAKHOUM (M.), « Interfacing the 'Local' with the 'Global': A Developing Country Perspective on 'Global Competition' », in *Competition Law on the Global Stage : David's Gerber's Global Competition Law in Perspective*, Nicolas Charbit et Elisa Ramundo (eds.), Institute of Competition Law, 2014.
- BLUMENTHAL (W.), *Thy Lamp Unto the World: International Convergence After the 2010 Guidelines*, Competition Policy International, Antitrust Journal. octobre 2010.
- BUHART (J.) et MAULIN (R.), *La preuve en matière de cartels*, Concurrences n° 4-2011, pp. 51-64.
- BUDZINSKI (O.), « The International Competition Network as an International Merger Control Institution » in *International Institutions and Multinational Enterprises – Global Players, Global Markets*, John-ren Chen and David Sapsford (eds.), Cheltenham, 2004.
- CAMPBELL (N.) et O'CARROLL (S.), *Merger Control in India: Partial Implementation of the ICN Recommended Practices*, 14 juillet 2011.

- CARDON (M.), *L'ICN et « les ententes injustifiables » : les premières pages d'un manuel à l'attention des autorités nationales de concurrence... Morceaux choisis*, Revue Lamy de la concurrence 2006, n°8, p.112-119.
- COPPOLA (M.), *ICN Best Practice: Soft Law, Concrete Results*, Competition Policy International, Antitrust Chronicle, juillet 2011.
- COPPOLA (M.), *One network's effect: The rise and future of the ICN*, Concurrences n° 3-2011, pp. 222-229.
- COPPOLA (M.) et LAGDAMEO (C.), « Taking Stock and Taking Root: A Closer Look at Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures » in *The International Competition Network at Ten, Origins, Accomplishments and Aspirations*, Paul Lugard (ed.), Intersentia, 2011.
- DAUDRET-JOHN (F.) et SOUTY (F.), *International Competition Network, convergence et divergences*, Concurrences n° 3-2010, pp. 182-188.
- DAUDRET-JOHN (F.), SOUTY (F.), FAESSEL-KAHN (M.) et YON-COURTIN (S.), Concurrences n° 1-2013, pp. 230-236.
- DESBROSSE (P.), *Les programmes de Clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés*, Revue internationale de droit économique 2010/2 (t.XXIV), pp. 211-240.
- FARMER (B.), *MOFCOM Publishes Interim Regulations on Standards for Simple Mergers and Requests Public Comments*, Competition Policy International, 18 juin 2013.
- FELS (A.), *The Trade Practices Act and World's Best Practice: Proposals for Criminal Penalties for Hard-Core Collusion*, paper presented at the Australian Institute of Criminology, Melbourne, 2002.
- FOX (E.), « Linked-In: Antitrust and the Virtues of a Virtual Network », in *The International Competition Network at Ten, Origins, Accomplishments and Aspirations*, Paul Lugard (ed.), Intersentia, 2011, pp. 151-174.

- FULLERTON (L.) et ALVAREZ (M.), *Convergence in International Merger Control*. Antitrust, Vol. 26, No. 2, spring 2012.
- GERBER (D.), « Competition Law and the Institutional Embeddedness of Economics » in *Economic Theory and Competition Law*, Josef Drexl et al (eds), Cheltenham, 2009.
- GERBER (D.), *Global Competition Law Convergence : Potential Roles for Economics*, Chicago-Kent College of Law Research Paper No. 2014-05, 4 juillet 2013.
- GURKAYNAK (G.), DALKIR (S.) et DURLU (D.), *Emerging Markets and U.S Horizontal Merger Guidelines : A Turkish Competition Law perspective*, Journal of Competition Law & Economics, 2014.
- GURKAYNAK (G.) et DURLU (D.), *From Mergers to Cartels: An Overview of the Rapidly Evolving Turkish Competition Law in Light of the European Model*, Journal of European Competition Law & Practice, 2011.
- HAID (C.), « Chapter 9 Croatia » in *The Merger Control Review*, Ilene Knable Gotts (ed.), 2010, pp. 89-97.
- HAMMOND (S.), *Cornerstones of an Effective Leniency Program*, ICN Workshop in Leniency Programs, Sydney, Australia, 22–23 novembre 2004.
- HEINEMANN (A.), *La nécessité d'un droit mondial de la concurrence*, Revue internationale de droit économique, 2004/3 (t. XVIII), pp. 293-324.
- HOLLMAN (H.) et KOVACIC (W.), *The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role*, Minnesota Journal of International Law, 2011 L 274, 278, pp. 274-323.
- HOOGHOFF (K.) et LANGE (M.), *ICN, Unilateral practices, Dominance analysis*, Concurrences, n° 1-2010, pp. 205-209.

- IDOT (L.), *Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence*, Concurrences n° 4-2012.
- JOHN (G.) and GRAY (J.), *The International Competition Network: A Decennial Retrospective*, Antitrust, Vol. 26, No. 2, Spring 2012.
- LAGDAMEO (C.) et WEBB (C.), *The Unilateral Conduct Working Group: You be the Judge - Scrutinizing a Loyalty Discount & Rebate Case*, Competition Policy International, 14 juillet 2011.
- LAGDAMEO (C.), *Climbing Mount Everest with the ICN Unilateral Conduct Working Group*, Competition Policy International, 2012.
- MANDORFF (M.), *Engaging economists in the ICN: Uniting under a common language*, Competition Policy International, 2012.
- MONTI (M.), *European Commissioner in charge of Competition Policy Competition enforcement reforms in the EU : some comments by the Reformer*, Georgetown University Washington, 4 avril 2003.
- MONTI (M.), *European Competition Policy : Quo Vadis ?*, XX. International Forum on European Competition Policy Brussels, 10 avril 2003.
- MONTI (M.), *Concurrence : L'Amérique converge vers l'Europe*, Concurrences n° 3-2009, pp. 1-2.
- MOTTA (E.), *International Best Practice: ICN's Role in Creating and Diffusing Norms*, Remarks by At the International Bar Association's 16th Annual Competition Conference, 15 septembre 2012.
- MUNDT (A.), *The Bundeskartellamt and the way ahead*, Concurrences n° 3-2011, pp. 8-13.

- MUNDT (A.), *Focus, implementation, inclusiveness – The impact of the ICN*, *Concurrences* n° 4-2013, pp. 7-12.
- MUNDT (A.), *Shaping the ICN's Next Years*, Competition Policy International, 2012.
- O'BRIEN (P.), *The ICN's Agenda: What to Look For in 2013-2014*, Competition Policy International, ICN Column, 29 mai 2013.
- OLIVEIRA (L.) et ROMAO (M.), *Leniency rules under the new 2012 Portuguese Competition Act – Challenges and opportunities*, Competition Policy International, 2012.
- OXENHAM (J.), STARGARD (A.), *Crossing the competition rubicon : Internationalising African antitrust through COMESA*, *Concurrences* n° 3-2013, pp. 198-203.
- PICARD (L.), *Le Réseau international de la concurrence*, Centre d'Etudes sur l'Intégration et la Mondialisation, juin 2009.
- RÖHLING (F.) et GUERIN (B.), *Allemagne : Récents développements en matière de contrôle des concentrations*, *Concurrences* n° 4-2008, pp. 174-181.
- ROUND (D.) et AGARWAL (M.), *The Criminalization of Serious Cartel Conduct in Australia*, Competition Policy International, Antitrust Journal, 2010.
- ROWLEY (W.) et CAMPBELL (N.), *Implementation of the International Competition Network's Recommended Practices for Merger Review: Final Survey Report on Practices IV-VII*, Merger Streamlining Group, 2005, pp. 533-588.
- SCHAEFFER (F.) et HARPER (M.), *A Fundamental Shift: Brazil's New Merger Control Regime and Its Likely Impact On Cross-Border Transactions*, p. 5. The Antitrust Source, august 2012.
- SCHLOSSBERG (B.), *The International Competition Network Merger Working Group: Focus on Implementation*, Competition Policy International, 2012.

- SHAFFER (G.), NESBITT (N.), et WEBER WALLER (S.), *Criminalizing Cartels: A Global Trend ?*, U Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series n°11–26, 2011.

- SOKOL (D.), *Monopolists without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age*, 4 Berkeley Bus. L.J. 37 ? 2007, pp. 37-122.

- VAN GINDERACHTER (E.), *ICN CWG: Past Achievements and Future Challenges – European Commission's Perspective*, Competition Policy International, 2012.

- VARNEY (C.), *Vigorous Antitrust Enforcement In This Challenging Era*, Remarks as Prepared for the Center for American Progress, May 11, 2009.