



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit européen des affaires

Dirigé par Louis Vogel

2010

***Critère de l'application extraterritoriale
en droit des ententes***

Hélène Hidot

Sous la direction de Louis Vogel



LE CRITÈRE DE L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE EN DROIT DES ENTENTES



Résumé

Par l'effet de la mondialisation, des acteurs, de plus en plus nombreux, sont amenés à adopter des comportements ayant des effets au-delà des frontières où ces comportements ont pris naissance. En 1927, la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) a été saisie de la question de la compatibilité de l'application extraterritoriale par un État de son droit, avec les principes de droit international public. La CPJI n'a alors pas exclu l'existence d'une revendication de compétence normative extraterritoriale des États, mais a toutefois fermement condamné la mise en œuvre d'une compétence extraterritoriale d'exécution. Face à cette marge de manœuvre offerte par le droit international et dont la portée est toujours discutée, les États-Unis et la Communauté européenne (devenue Union européenne) ont consacré des critères de compétence, souvent contestés, pouvant entraîner une application extraterritoriale du droit de l'État concerné par une autorité compétente.

Dans ces conditions, plusieurs autorités sont susceptibles de se reconnaître compétence. Il convient de relever qu'en l'absence de droit international de la concurrence, les droits internes peuvent se trouver en concurrence les uns avec les autres. Cette mise en concurrence de droits nationaux de la concurrence soulève ainsi des difficultés qu'il conviendra d'examiner.

Quoi qu'il en soit, le débat s'est aujourd'hui déplacé. Il consiste aujourd'hui dans la recherche de solutions, la nocivité des pratiques anticoncurrentielles étant largement reconnue. Ces solutions peuvent consister à prévenir l'existence de conflits de compétence – en aval, ou encore, de manière plus ambitieuse, à tendre à l'élimination des situations d'application extraterritoriale d'un droit interne – en amont ; chacune de ces solutions pouvant être mise en œuvre à différents niveaux, dans différentes « structures ».

La recherche de solutions ne doit cependant pas éclipser une question qui a récemment été posée aux juridictions américaines, née elle aussi des disparités entre les différentes législations nationales ; celle de la réparation des préjudices liés à l'existence de pratiques anticoncurrentielles sur un État qui n'est pas celui du lieu de la commission de l'infraction, ni même celui du dommage.

Une fois ces différentes questions relatives au critère de l'application extraterritoriale en droit des ententes abordées, la dernière question qu'il conviendra de se poser sera celle de l'existence d'une compétence extraterritoriale en droit des concentrations.



Sommaire

| | |
|--|----|
| 1. LA REVENDICATION DE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE DES ÉTATS-UNIS ET DE L'UNION EUROPÉENNE EST-ELLE CONFORME AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ?..... | 12 |
| <hr/> | |
| 2. LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ADMET-T-IL L'EXISTENCE D'UNE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE D'EXÉCUTION ?..... | 25 |
| <hr/> | |
| 3. QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DE L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DROIT DES ENTENTES ?..... | 28 |
| <hr/> | |
| 4. DES ALTERNATIVES À L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DROIT DES ENTENTES SONT-ELLES POSSIBLES ?..... | 32 |
| <hr/> | |
| 5. VERS L'ADMISSION D'UN DROIT À RÉPARATION EXTRATERRITORIAL ?..... | 44 |
| <hr/> | |
| 6. EXISTE-T-IL UN CRITÈRE D'APPLICATION EXTRATERRITORIAL EN DROIT DES CONCENTRATIONS ?..... | 46 |
| <hr/> | |
| CONCLUSION | 51 |
| <hr/> | |



Liste des abréviations

| | |
|-------------|--|
| ANC..... | Autorités Nationales de Concurrence |
| CIJ..... | Cour Internationale de Justice |
| CJUE..... | Cour de Justice de l'Union européenne |
| CNUCED..... | Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement |
| CPJI..... | Cour Permanente de Justice Internationale |
| ICN..... | International Network Company |
| I.e. | Id est |
| OCDE..... | Organisation de Coopération et de Développement Économiques |
| ONU..... | Organisation des Nations-Unies |
| OMC..... | Organisation Mondiale du Commerce |
| ORD..... | Organe de Règlement des Différends |
| TFUE..... | Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne |
| TUE..... | Traité sur l'Union Européenne |
| UE..... | Union Européenne |



Introduction

1. « A vrai dire, l'application extraterritoriale de la loi interne est un phénomène de haute fréquence. Il ne peut guère en être autrement dans le contexte de « mondialisation » qui est celui des systèmes économiques, et dans lequel les facteurs de production se mêlent et s'entremêlent, se pénètrent et s'interpénètrent de façon inextricable. La localisation et la délocalisation des implantations industrielles ; le flux et le reflux des mouvements migratoires ; le va-et-vient des échanges et des transferts de toute nature – tout cela montre que les activités économiques ne peuvent se cantonner dans les limites de la juridiction territoriale d'un seul et même État, ou dans le cadre de l'ordre juridique d'un seul et même État.¹ ». L'application extraterritoriale d'une norme est la conséquence logique de l'internationalisation de la vie économique et de l'interdépendance entre les États qui en résulte. Concrètement, de plus en plus d'acteurs économiques se livrent à des pratiques qui mettront en cause différents États. Le principe de souveraineté des États leur permet, sur la scène internationale, de justifier une réaction. Toutefois, il convient de constater que cette souveraineté doit s'exercer dans le respect de deux autres principes de droit international, l'égalité et la non-ingérence. En conséquence, et bien que ces États revendiquent une légitimité dans leur action puisque leurs intérêts sont en cause, ces réactions étatiques nécessitent d'être encadrées, à défaut de quoi, les plus grandes puissances seraient tentées d'importer et d'imposer leur droit, dès lors qu'une situation peut les concerner, et ce, même de manière très indirecte. L'enjeu de l'application extraterritoriale du droit des ententes est donc considérable.

2. Si dans un sens courant l'application extraterritoriale d'une norme couvre la situation dans laquelle une loi s'applique à une situation dont les éléments ne sont pas tous localisés à l'intérieur d'un seul et même État, le concept d'« extraterritorialité » regroupe en réalité diverses hypothèses, étant entendu que certains auteurs contestent ce qualificatif, péjoratif, d'« extraterritorial »². Pour mieux appréhender la notion d'extraterritorialité du droit, il convient de distinguer l'application extraterritoriale directe d'une norme de l'effet extraterritorial qu'elle peut produire.

¹ Julliard P., « *L'application extraterritoriale de la loi économique* » dans *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers du Cedin, n°3

² Stoufflet J., « *La compétence extra-territoriale du droit de la concurrence de la C.E.E.* », *Clunet*, 1971, page 487



3. Ainsi que l'explique Mme le Professeur Brigitte Stern³, l'aspect matériel de l'application extraterritoriale du droit vise le champ d'application spatial de la norme (par opposition à l'aspect procédural qui vise l'organe mettant en œuvre la norme), i.e. l'application d'une norme à une situation dont les éléments sont localisés hors de l'État où a été adoptée cette norme. C'est cet aspect de l'application extraterritoriale des législations antitrust qui retiendra notre attention. En revanche, l'effet extraterritorial d'une norme, qui concerne la réception et donc la reconnaissance de cette norme par l'État sur lequel se matérialise les effets de l'application extraterritoriale par l'État d'origine, doit être écarté.

4. Il convient de souligner que certains auteurs placent le cœur du raisonnement de l'extraterritorialité sur la nationalité – étrangère – des opérateurs économiques, ou sur la localisation – étrangère – du siège social de ces mêmes opérateurs. Le qualificatif d'extraterritorialité peut en effet trouver son origine dans différents éléments d'une situation. Or, il nous semble important de placer ce débat sur la localisation des faits à l'origine de la qualification de la pratique pour apprécier si les autorités ou juridictions compétentes font, ou non, une application extraterritoriale de leur droit de la concurrence.

5. Ces questions, aussi importantes qu'elles soient, ne sont pas explicitement réglées par les États. Tout au mieux, un examen des législations antitrust permet-il de conclure à l'absence d'exclusion de principe d'une application extraterritoriale de ces dispositions par les autorités ou juridictions compétentes.

6. Cette étude se limitera principalement à l'examen de la situation aux États-Unis et dans l'Union européenne. Ce choix s'explique par une raison pratique. En effet, les États-Unis ont été la première puissance à appliquer extraterritorialement leur droit de la concurrence. L'Union européenne a très vite cherché à réagir à cette pratique, avant d'être considérée elle-même, par une partie de la doctrine, comme procédant à l'application extraterritoriale de son droit. Les États-Unis et l'Union européenne sont donc les principaux acteurs concernés par cette question. S'agissant des droits internes des États membres de l'Union européenne, force est de constater que la répartition de compétence entre les autorités nationales de concurrence et la Commission conduisent à reconnaître que l'essentiel des situations soulevant l'application extraterritoriale du droit de la concurrence relève de la compétence de la Commission européenne. Une étude thématique réalisée par le Conseil de la Concurrence – devenu Autorité de la concurrence – en 2001 l'expose assez

³ Stern B., « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », *Annuaire Français de Droit International*, 1986, pages 9 et suivantes



clairement. Le Conseil indique, à cet effet, que « quantitativement, le conseil de la concurrence demeure cependant une institution qui traite essentiellement des affaires de dimension purement française⁴ ». Il est tout de même intéressant de constater que le Conseil de la concurrence, lorsqu'il est confronté à cette question, fonde sa compétence sur la théorie des effets⁵, ce que la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) n'a pour l'heure jamais admis.

7. L'examen des législations antitrust des États-Unis et de l'Union européenne ne préjuge pas de leur application extraterritoriale. En revanche, il convient de constater que ces législations ne l'excluent pas. En effet, en droit américain, le titre 15 U.S.C. § 1 du Sherman Act, tel qu'amendé par l'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act dispose que : « Tout contrat, toute association sous forme de trust ou autre, ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents États de l'Union ou avec les nations étrangères est illégal ». Ainsi, l'affectation du marché américain concerne tant le commerce intérieur, i.e. entre les États de l'Union, que le commerce extérieur, entre les États-Unis et un État étranger⁶. Aussi, le champ d'application du droit américain est vaste⁷. Par ailleurs, le Restatement of the Law (Third) Foreign Relations Law of United States prévoit, en son paragraphe 415, que « tout accord entravant le commerce des États-Unis, et toute conduite ou accord entravant ce commerce qui est mis en œuvre principalement en dehors des États-Unis, sont soumis à la compétence normative des États-Unis, si un [des] objets principaux de cette conduite ou de cet accord concerne le commerce des États-Unis, et si cet accord ou cette conduite a un effet sur ce commerce ». Le droit américain de la concurrence a donc vocation à s'appliquer à de nombreuses situations, sans délimiter cette compétence aux situations de nature strictement territoriale.

8. L'article 101 TFUE, quant à lui, a un champ d'application plus limité. L'article précise que « sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont

⁴ Conseil de la Concurrence, Études thématiques 2001, « L'internationalisation de l'activité du Conseil de la concurrence ».

⁵ Pour une définition de la théorie voir paragraphe 34. Pour une illustration de la jurisprudence du conseil voir notamment, Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-74 du 21 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des liaisons maritimes entre la France et les îles anglo-normandes

⁶ Voir également Clayton Act § 1, 15 U.S.C. § 12 a) dans la définition du commerce

⁷ Pour autant, pour ne pas trop pénaliser l'économie américaine, les États-Unis ont adopté, en 1918 et en 1982, deux lois, afin d'exempter les ententes à l'exportation, pourvu qu'elles ne causent aucun effet sur le marché intérieur (Webb-Pomerene 1918, Export Trading Act 1982)



susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à ... ». Les dispositions du droit de l'Union Européenne sont donc indifférentes à l'existence d'une pratique qui toucherait les relations extérieures de l'Union avec un État tiers. En revanche, s'agissant du commerce affectant le marché intérieur, aucune disposition ne limite le champ d'application du droit des ententes de l'Union aux seules pratiques prenant naissance à l'intérieur du marché intérieur. L'existence d'un élément d'extranéité dans l'entente est indifférent à l'application de l'article 101 TFUE, pourvu que le marché intérieur soit affecté.

9. L'examen de l'une et l'autre de ces législations permet de procéder à une conclusion provisoire : la rédaction de la législation antitrust américaine et de la législation antitrust européenne ne fait pas obstacle, par principe, à une revendication de compétence extraterritoriale des autorités et juridictions compétentes.

10. Sur la base de ces législations, la question à laquelle il conviendra donc de répondre est celle de savoir dans quelle mesure les autorités de concurrence, et juridictions compétentes américaines et européennes, revendiquent et appliquent extraterritorialement leur droit des ententes. À cet égard, ces autorités et juridictions ont développé des critères de rattachement de compétence. Or, il convient de relever que la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), a eu à se prononcer sur la question de l'application extraterritoriale d'une norme dans l'Affaire du *Lotus*, en 1927. Cette question a été soulevée en matière de droit pénal international. Toutefois, de nombreux auteurs, soulignant les parallèles entre le droit pénal international et le droit de la concurrence⁸, transposent cette solution au droit des ententes. Il convient donc de s'intéresser à la position du droit international sur cette question. Cette jurisprudence de la CPJI amènera à s'interroger d'une part sur la revendication d'une compétence normative des États en droit des ententes (question 1), ainsi que, d'autre part, sur la compétence d'exécution des États dans ce même domaine (question 2).

11. Si la Cour Permanente de Justice Internationale a, d'une certaine manière, reconnu la nécessité pour un État de revendiquer une compétence lorsqu'il peut justifier d'un rattachement de compétence, on ne saurait affirmer que la marge de manœuvre laissée aux États est illimitée. Cette solution est heureuse, étant entendu qu'il n'existe pas de droit de la

⁸ Bischoff J.-M. et Kovar R., « *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté* », *Journal de Droit International* 1975, p. 675



concurrence universel. En effet, il convient de constater que certains États n'ont pas adopté de législation antitrust ; d'autres – et ils sont de plus en plus nombreux – ont adopté une législation en la matière mais des divergences demeurent. Cela s'explique par des cultures et des influences juridiques différentes, et se traduit tant au niveau des pratiques poursuivies, qu'au niveau des analyses mises en œuvre (existence d'une règle de raison, d'interdictions *per se* etc.), et plus encore au niveau des sanctions infligées (système répressif ou système administratif). Admettre une compétence extraterritoriale illimitée reviendrait à permettre à certains États d'imposer aux autres leur système juridique. À ce propos, il convient de constater que la reconnaissance, même limitée, de la faculté pour des États d'appliquer extraterritorialement leur droit, entraîne inévitablement des conséquences qu'il conviendra de mettre en évidence (question 3).

12. Ces aspects de la question de l'application extraterritoriale du droit des ententes, s'ils sont essentiels, sont aujourd'hui bien connus. Ainsi que le souligne Mme le Professeur Laurence Idot, « les conflits liés aux applications dites extraterritoriales [...] correspondent à une étape dépassée des politiques de concurrence modernes⁹. ». En effet, un mouvement de coopération, qui s'est accéléré depuis les années 1990, vise à coordonner les actions entre États, de manière à permettre à ceux dont les intérêts sont en cause d'agir, en surmontant les difficultés liées aux frontières, tout en respectant la souveraineté des autres États. La question n'est donc plus celle de savoir sur quels critères se fondent les États pour revendiquer une compétence extraterritoriale en droit des ententes, afin de contester cette revendication. Cette revendication de compétence est aujourd'hui admise, et l'enjeu est de savoir comment lutter efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale. Cette lutte passe par la coopération. Cette coopération s'inscrit dans deux cadres poursuivant deux finalités distinctes (question 4), la lutte contre les conflits résultant de l'application extraterritoriale du droit des ententes, ou l'élimination de l'application extraterritoriale du droit des ententes par la création d'un droit uniforme applicable à une communauté d'États.

13. Que les États parviennent ou non à coopérer dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, une question récente, liée aux disparités entre les différents systèmes juridiques, a vu le jour. Il s'agit de la réparation de dommages nés de pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale, sur un territoire étranger du lieu où a(ont) été subi(s) le(s) préjudice(s) (question 5).

⁹ Idot L., « E. Friedel-Souchnu, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne* », *Revue critique de droit international privé* 1995 p. 891



14. Enfin, puisque cette question de l'application extraterritoriale du droit aura été traitée pour en matière d'ententes – et dans les faits la question des abus de position dominante fait l'objet d'un traitement similaire – il conviendra en dernier lieu de s'interroger sur le traitement d'une autre branche du droit de la concurrence : celle des concentrations (question 6).



15. La charte des Nations Unies (NU) dispose, en ses articles 2.1 et 2.7, que l'Organisation des Nations Unies (ONU) et ses Membres doivent agir conformément aux principes d'égalité souveraine des États et de non-ingérence. L'extraterritorialité implique de la part d'un État qu'il caractérise et sanctionne unilatéralement une pratique, alors que cette pratique intéresse plus d'un État. Les principes d'égalité souveraine des États et de non-ingérence permettent donc de douter de l'admissibilité de l'application extraterritoriale d'une norme au regard du droit international. Pourtant, force est de constater que lorsque cette question a été soumise à la Cour Internationale de Justice (CIJ), alors Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), dans l'affaire du Lotus¹⁰, cette pratique n'a pas été condamnée.

16. En l'espèce, un paquebot français est entré en collision, en haute mer, avec un vapeur-charbonnier turc, causant la mort de huit des ressortissants turcs présents à bord du vapeur-charbonnier. L'officier de quart français a été condamné par une cour criminelle turque du fait d'homicide par imprudence. Contestant la compétence de la Turquie pour connaître de l'affaire, la France a entrepris de nombreuses démarches diplomatiques, jusqu'à ce que les Parties s'accordent pour soumettre le différend à la CPJI. Les deux États ont signé un compromis, le 12 octobre 1926, afin que la Cour statue sur la question de savoir si la Turquie a agi en contradiction avec le droit international public.

17. À cette occasion, la CPJI va énoncer que : « La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle *d'exclure*, sauf l'existence d'une règle permissive contraire, *tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale* ; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à chaque État d'exercer, dans son propre territoire sa juridiction dans toute affaire où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait d'une manière générale, aux États d'atteindre par leur loi et de soumettre à la

¹⁰ CPJI *Affaire du Lotus*, série A n° 10, 7 septembre 1927



juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. *Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.* C'est cette liberté, que le droit international laisse aux États, qui explique la variété des règles qu'ils ont pu adopter sans opposition ou réclamation de la part des autres États. Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un État c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, *le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté* ».

18. À titre liminaire, il convient de distinguer la compétence normative (question 1) de la compétence d'exécution des États (question 2), en s'interrogeant sur la conformité du principe général d'application extraterritoriale du droit au droit international, et en confrontant directement les pratiques développées aux États-Unis et dans l'Union Européenne au droit international.

1. LA REVENDICATION DE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE DES ÉTATS-UNIS ET DE L'UNION EUROPÉENNE EST-ELLE CONFORME AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ?

a. COMPÉTENCE NORMATIVE EXTRATERRITORIALE ET DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

19. La compétence normative d'un État est le « pouvoir de celui-ci d'étendre ses lois et ses juridictions à des situations hors du territoire¹¹ ».

¹¹ Stern B., « L'extra-territorialité « revisitée » où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de Bois* et de quelques autres... », *Annuaire français de droit international*, Année 1992, Volume 38, p. 250



20. La CPJI a admis que la compétence normative des États s'étend au-delà de leurs frontières. Néanmoins, l'étendue de cette compétence a suscité un débat. En effet, la Cour Permanente de Justice Internationale a affirmé que la compétence des États n'était limitée que dans quelques cas par quelques règles prohibitives. Faut-il alors en déduire que la compétence normative des États est illimitée ?

21. C'est ce que certains auteurs ont cru pouvoir affirmer. M. le Professeur Paul Demaret a défendu cette thèse, estimant qu'il serait irréaliste et artificiel d'entendre soumettre une situation internationale qui se laisse difficilement ramener à l'un des fondements particuliers traditionnellement cités¹², en exigeant cependant un lien suffisant avec la situation visée.

22. Or, il convient de rappeler que la question qui était posée à la Cour était celle de savoir si la Turquie avait agi en contradiction avec le droit international. Ainsi, il appartenait à la CPJI de se prononcer sur l'existence d'une compétence extraterritoriale des États. Ce qu'elle a fait dans l'*obiter* repris ci-dessus. Il ne faut donc pas se méprendre sur la portée de cet extrait : la Cour ne se prononce alors pas sur l'étendue de cette compétence, mais sur son existence. La Cour affirme ainsi, d'une manière générale, que les États peuvent revendiquer une compétence extraterritoriale, mais n'affirme pas, comme le souligne Mme le Professeur Brigitte Stern que le droit international permet aux États « d'étendre leurs lois et leurs juridictions à *toutes* les personnes, *tous* les biens, *tous* les actes situés hors de leur territoire, ce qui aurait effectivement signifié l'existence d'une règle permissive générale du droit international, autorisant tout État à exercer une compétence normative extraterritoriale illimitée¹³ ». Ce qui a été interprété comme la reconnaissance d'une compétence illimitée des États, vise avant tout à rejeter la thèse française selon laquelle toute compétence d'un État est strictement territoriale, à moins qu'une règle permissive de droit international n'indique le contraire. L'affirmation d'une revendication de compétence extraterritoriale illimitée des États serait absolument inconciliable avec les principes reconnus par la Charte des Nations Unis, et, « le seul énoncé d'une telle règle en démontre l'absurdité, puisque son application aurait pour conséquence la suppression de toutes

¹² Demaret P., « *L'extra territorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ?* », Revue Trimestrielle de Droit Européen 1985, p. 27

¹³ Stern B., « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », Annuaire Français de Droit International, 1986, p. 19



limites entre les ordres juridiques des États, en d'autres termes, la disparition même des États souverains.¹⁴ »

23. Enfin, ultime illustration de ce que la revendication extraterritoriale des États n'est pas illimitée : la Cour va, en examinant les arguments français, se prononcer sur les critères de rattachement qui ont ou auraient pu justifier les poursuites de la Turquie. Partant, il se déduit du raisonnement de la CPJI, qu'une revendication de compétence, territoriale ou extraterritoriale, est toujours fondée sur un critère de rattachement¹⁵, issu des éléments constitutifs de l'État.

24. En droit pénal international, quatre critères de compétence ont été développés¹⁶ : le principe de territorialité, le principe de personnalité, le principe de protection et le principe d'universalité.

25. En vertu du principe de territorialité, l'État a toute compétence « à l'égard des biens et des personnes situés sur son territoire ou des événements se produisant sur son territoire¹⁷ ». En pratique, le principe de territorialité inclut d'une part, la territorialité subjective, en vertu de laquelle un État se reconnaît compétence en raison du commencement d'exécution de l'infraction sur son territoire, et d'autre part, la territorialité objective, fondée sur l'idée selon laquelle un État peut se reconnaître compétence dès lors que l'infraction produit ses effets sur son territoire. Le principe de personnalité repose, quant à lui, sur l'idée selon laquelle un État peut se reconnaître compétence dès lors que la situation litigieuse implique l'un de ses nationaux. La compétence de l'État peut également se fonder sur le principe de protection en vertu duquel « l'État possède une compétence fondée sur sa souveraineté elle-même, sa sécurité, son intégrité territoriale, ses intérêts essentiels¹⁸ ». Enfin, le dernier critère de rattachement de compétence, le principe

¹⁴ Stern B., « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », *Annuaire Français de Droit International*, 1986, p. 19

¹⁵ « Même si la thèse [selon laquelle un État ne peut se reconnaître compétence sur le seul fondement de la nationalité des victimes] en général était exact – et la Cour fait toutes réserves à cet égard – elle ne saurait être invoquée en l'espèce que si le droit international défendait à la Turquie de tenir compte du fait que les effets du délit se sont produits sur le navire turc et, partant, dans un lieu assimilé au territoire turc, dans lequel l'application du droit pénal turc ne peut être contestée, même par rapport aux délits commis par des étrangers. Or, pareille règle du droit international n'existe pas. [...] Rien ne s'oppose à ce que la Cour se borne à relever, qu'en l'espèce, les poursuites pénales peuvent être justifiées aussi [outre la nationalité des victimes] au point de vue dit de la territorialité. »

¹⁶ Friedel E., « *Pratiques restrictives de concurrence* », *Répertoire Dalloz de droit international*, Mai 1999

¹⁷ Stern B., « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », *Annuaire français de droit international*, Année 1986, Volume 32, p. 23

¹⁸ Friedel E., « *Pratiques restrictives de concurrence* », *Répertoire Dalloz de droit international*, Mai 1999, p. 25



d'universalité, s'appuie sur l'idée selon laquelle un État est compétent pour juger des crimes internationaux¹⁹.

b. LE CRITÈRE D'APPLICATION DÉVELOPPÉ EN JURISPRUDENCE

26. Le principe selon lequel « toute revendication de compétence s'appuie sur un critère de rattachement, dans la mesure au moins où aucun État ne prétend à une application universelle de son droit »²⁰ vaut donc également en matière économique.

27. L'étude de la jurisprudence, tant américaine qu'européenne, impose deux constats. Le premier est qu'il n'existe pas de critère unique fondant la compétence extraterritoriale des États en droit des ententes. Le second est que la localisation des entreprises est indifférente à la revendication de compétence des autorités ou juridictions.

28. Chaque fois qu'un État le pourra, il s'attachera, pour constater et condamner une pratique anticoncurrentielle sur son territoire, à l'existence de comportements localisés sur son territoire. Les États-Unis ont également eu recours à la compétence personnelle pour fonder leur compétence.

29. Néanmoins, afin de se défendre d'éventuelles pratiques menées à l'étranger mais perturbant leurs marchés, les États ont développé des critères supplémentaires de rattachement, repris et adaptés du droit pénal international.

i. Aux États-Unis

- Le développement d'un principe de territorialité stricte

30. Au début du XVIIIème siècle, les juridictions américaines ont cependant défendu le principe de territorialité stricte.

31. Ce principe a été dégagé dans l'arrêt *American Banana Company Vs United Fruit Company*²¹. La société American Banana Company a voulu s'implanter au Costa Rica où United Fruit Company était en situation de monopole. United Fruit Company a proposé à American Banana Company de s'entendre avec elle. En cas de refus, elle devrait de quitter le marché.

¹⁹ Article 1^{er} Convention Genève 1949

²⁰ Bischoff J.-M. et Kovar R., « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté », Journal de Droit International 1975, p. 675, § 8

²¹ Cour Suprême Américaine, *Affaire American Banana v. United Fruit* 213 U.S. 347 (1909)



American Banana Company a refusé. La Société United Fruit Company a alors obtenu du gouvernement la confiscation des plantations de la société American Banana Company. Par suite, les plantations ont été revendues à un citoyen du Costa Rica, qui a accepté de s'entendre avec la société United Fruit Company. La société American Banana Company a ainsi été exclue du marché du Costa Rica. American Banana Company a introduit une action devant les tribunaux américains pour obtenir la réparation du préjudice subi. Le juge Holmes a alors relevé que « la conduite, cause du dommage a pris place, autant qu'il puisse apparaître, en dehors de la juridiction des États-Unis... Il est surprenant de considérer qu'elle puisse être gouvernée par la loi du Congrès... Le principe général et presque universel est d'admettre que le caractère légal ou illégal d'une conduite soit déterminé en son entier par la *loi du pays où elle a pris place* ».

32. En vertu du principe de territorialité stricte, les juridictions compétentes sont donc celles du lieu où la pratique anticoncurrentielle est localisée. Ce critère de rattachement ne soulève évidemment aucune difficulté au regard du droit international public. Toutefois, en pratique, l'application de la territorialité stricte a vite exposé ses limites. À l'heure de la mondialisation, rares sont les pratiques qui naissent et produisent leurs effets dans un seul et même État. Aussi, se limiter au principe de territorialité stricte pourrait amener les entreprises à restreindre la concurrence sur le marché américain, en adoptant un comportement hors de ce territoire. Ainsi, dès le milieu du XIX^{ème} siècle, la compétence des juridictions américaines ne sera plus fondée sur le principe de territorialité stricte.

- Le développement d'une approche fondée sur les effets

33. Les principes de territorialité subjective et objective ont donné naissance, en droit économique international, aux théories de l'origine, et des effets. En pratique, le rattachement le plus fréquemment invoqué sera fondé sur la théorie des effets.

34. La théorie des effets est donc l'équivalent, en droit économique, de la territorialité objective. Cette théorie repose donc sur l'idée selon laquelle un État peut se reconnaître compétent dès lors qu'une pratique anticoncurrentielle a généré des effets sur son territoire.

35. Ainsi, alors que les juridictions américaines avaient affirmé dans un premier temps leur attachement au principe de territorialité stricte, un revirement très net va s'opérer en 1945,



dans l'affaire *Alcoa*²². Dans cette affaire, une société canadienne, Aluminium Limited, s'était entendue avec des sociétés européennes, afin de limiter l'approvisionnement d'aluminium aux États-Unis. Cette transaction avait été menée hors du territoire américain. Le juge Hand a alors énoncé que « c'est une règle bien établie que tout État peut imposer des obligations, même à des personnes qui ne sont pas dans son allégeance, *pour des actes accomplis en dehors de ses frontières qui ont des conséquences à l'intérieur de celles-ci* ». À cette occasion, la théorie des effets était donc consacrée en droit américain. Néanmoins, pour fonder la compétence des juridictions américaines, le juge Hand a affirmé que l'effet sur le marché américain devait être direct et intentionnel, ou, à défaut de viser intentionnellement le marché américain, y produire concrètement des effets.

36. La question qui a immédiatement surgi est celle de savoir si la théorie des effets, ainsi affirmée, était compatible avec les principes de droit international public. La CPJI s'est prononcée sur ce problème dans l'affaire du Lotus, affirmant qu' « il est constant que les tribunaux de beaucoup de pays, même de pays qui donnent à leur législation pénale un caractère strictement territorial, interprètent la loi pénale dans ce sens que les délits dont les auteurs, au moment de l'acte délictueux, se trouvent sur le territoire d'un autre État, doivent néanmoins être considérés comme ayant été commis sur le territoire national si c'est là que s'est produit un des éléments constitutifs et *surtout ses effets*. » La rédaction de la Cour a posé et pose toujours de grandes difficultés et divergences d'interprétation.

37. Des auteurs, tels que MM les Professeurs Bischoff et Kovar, ont estimé que cet extrait devait être interprété comme permettant aux États de se reconnaître compétence lorsque sont localisés sur leur territoire soit l'un des éléments constitutifs de l'infraction, soit les effets²³. Pour d'autres en revanche, les effets doivent être l'un des éléments constitutifs de l'infraction pour permettre à un État de fonder sa compétence²⁴. Admettre que tout effet peut fonder la compétence d'un État pour connaître d'une pratique anticoncurrentielle, en dehors de tout autre comportement, ouvre un champ de compétence quasi illimité étant

²² Cour Suprême américaine, *Affaire United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (1945) « L'affaire American Tobacco fut, semble-t-il, la première à implicitement adopter la théorie des effets. Cependant, la Cour suprême ne renversa pas explicitement dans cette affaire la solution retenue dans l'arrêt American Banana. À l'inverse, la Cour revient à cette jurisprudence antérieure dans les affaires suivantes. Aussi, il n'a pu être soutenu, à ce stade de l'évolution de la jurisprudence, que les tribunaux américains adoptèrent la théorie des effets. »

²³ Bischoff J.-M. et Kovar R., « *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté* », Journal de Droit International 1975, p. 675, § 8

²⁴ Stern B., « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », Annuaire Français de Droit International, 1986, p.



entendu qu'un « effet anticoncurrentiel peut être démultiplié à l'infini, plus ou moins sensible selon les marchés sur lesquels il se produit²⁵ ». Une telle extension du critère de rattachement de compétence paraît difficilement conciliable avec les principes de souveraineté des États et de non-ingérence. Mme le Professeur Brigitte Stern ne fait aucun doute sur l'incompatibilité de cette pratique avec le droit international, citant M. Ergec selon lequel « une telle interprétation extensive de la territorialité objective donne à la compétence extraterritoriale une possibilité de rayonnement infini, puisqu'aussi bien, rares sont à l'heure actuelle les transactions économiques transnationales n'ayant de répercussions sur plus d'un territoire étatique.²⁶ ». Les juridictions américaines, sans doute conscientes de l'application potentiellement illimitée de la théorie des effets, n'ont pas tardé à nuancer la portée de cette théorie, d'une part en exigeant que les effets fondant leur compétence soient qualifiés, et d'autre part, en prenant en considération la courtoisie internationale. Il convient également de préciser que bien souvent, les opérateurs économiques poursuivis par les autorités et juridictions américaines étaient américaines, permettant ainsi aux autorités et juridictions américaines de mettre en œuvre un critère de rattachement personnel.

38. C'est en premier lieu l'American Law Institute qui a invité les juridictions américaines à limiter l'application extraterritoriale du Sherman Act lorsque l'exercice de leur compétence revêt un caractère déraisonnable, initiant ainsi la mise en place d'un *balancing test* entre les intérêts étatiques en présence. Ce *balancing test* trouvera un écho dans la jurisprudence américaine²⁷, bien que certains commentateurs doutent de son efficacité (Voir question 4).

39. En 1977, cette tendance a amené le ministère de la Justice américain à se référer à l'existence d'un effet « substantiel et prévisible » dans l'Antitrust Guide for International Operations.

40. Par ailleurs, en 1982, cette tendance s'est traduite par une révision du Sherman Act. L'intention du Congrès lors de l'adoption du Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) était clairement affichée : il s'agissait de préciser voire de limiter l'application

²⁵ Boutard-Labarde M.-Ch. et Vogel L., *Note sous arrêt Pâte de Bois*, JCP E 1990, II, n° 21429

²⁶ Stern B., « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », *Annuaire Français de Droit International*, 1986, p. 32

²⁷ Voir notamment : *Timberlane* (le juge Choy a posé une série de critères mettant en évidence la nécessité de tenir compte de l'intention, de l'intensité et de l'importance des effets pour d'autres États (courtoisie internationale)), et *Affaire Mannington Mills Inc. v Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287 (3d Cir 1979)



extraterritoriale du Sherman Act aux situations dans lesquelles le commerce extérieur américain n'est pas affecté²⁸. L'article 7 du Sherman Act est désormais rédigé comme suit :

Cette loi ne s'applique pas à une conduite mettant en cause les échanges et le commerce (autres que les échanges ou le commerce d'importation) avec les nations étrangères sauf

- (1) si cette conduite a un effet direct, substantiel, et raisonnablement prévisible
 - A. sur les échanges et le commerce qui ne sont pas les échanges ou le commerce avec les nations étrangères, ou sur les échanges ou le commerce d'importation avec les nations étrangères; ou
 - B. sur les échanges et le commerce d'importation avec les nations étrangères, d'une personne engagée dans de tels échanges ou commerce aux États-Unis
- (2) un tel effet peut donner lieu à plainte au titre du Sherman Act

41. Cette révision a soulevé des difficultés d'interprétation²⁹. Mais, au-delà de ces difficultés, le fait est que retenir les effets qualifiés pour fonder la compétence des juridictions américaines limite le champ d'application du Sherman Act. Le FTAIA répond à la recommandation exprimée par l'Institut de Droit International (IDI), dans sa résolution de 1977 à Oslo. L'IDI avait alors déclaré que « la compétence de réglementation, de contrôle et de sanction des pratiques restrictives de concurrence des entreprises multinationales [...] ne devrait en outre être retenue en fonction de leurs effets, que si ceux-ci présentent, sur le territoire de l'État considéré un caractère *intentionnel, au moins prévisible, substantiel, direct et immédiat*³⁰ »

42. Parallèlement, le ministère de la Justice et la Federal Trade Commission ont intégré dans l'Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations de 1995, une série de critères afin de prendre en considération la courtoisie internationale (Pour la notion voir question 4). Parmi eux, l'importance relative de la violation alléguée aux États-Unis par rapport à son importance à l'étranger, la présence d'atteintes raisonnables qui auraient été respectées en l'absence du comportement en cause, ou encore l'importance du conflit avec le droit étranger ou la politique économique du pays étranger.

²⁸ Rezzouk M., « *Cartels globaux, riposte américaine. L'ère Empagran* », Revue Internationale de Droit Economique, 2005/1, pages 59 et suivantes

²⁹ Le Congrès ne précise pas ce qu'il faut entendre par « direct, substantiel et prévisible », ni « donner lieu à plainte au titre du Sherman Act »

³⁰ Institut de Droit International, Résolution de 1977, Oslo, II. Les entreprises multinationales, article VI



43. La Cour Suprême a pourtant réduit « l'importance du recours à la courtoisie pour ce type d'affaires »³¹ dans l'arrêt *Hartford Fire*³², certains commentateurs évoquant « la mort de la courtoisie internationale ». Cette mise entre parenthèses de la courtoisie internationale ne sera toutefois pas définitive. Ainsi, dans l'arrêt *Empagran*³³, la Cour Suprême refusera la recevabilité de plaignants en se fondant notamment sur le principe de courtoisie internationale (Question 5).

44. En conclusion, les juridictions américaines admettent l'application extraterritoriale de leur droit en droit des ententes, et appliquent, pour ce faire, le critère de la localisation des effets. Si ce critère est le même depuis 1945, une nette évolution s'est dessinée : seuls des effets directs, substantiels et raisonnablement prévisibles peuvent fonder la compétence des juridictions américaines, sous couvert de la prise en compte de la courtoisie internationale.

ii. Dans l'Union européenne

45. La Cour de Justice et la Commission européenne retiennent, chaque fois que cela est possible, l'existence de comportements localisés sur le territoire de l'Union dans la répression des ententes. Toutefois, la pratique américaine a montré les limites du principe de territorialité entendu strictement. C'est pourquoi, alors que la Commission incite régulièrement la Cour de Justice à consacrer la théorie des effets³⁴, cette dernière a développé des critères de rattachement alternatifs à la théorie des effets, en évitant de prendre position sur cette dernière théorie.

- Le développement d'une approche fondée sur l'unité économique de l'entreprise

46. La Cour de Justice va dans un premier temps retenir le concept d'unité économique afin d'imputer des comportements localisés sur le territoire de la Communauté à des sociétés étrangères.

³¹ Rapport du Ministère de la Justice ; Rezzouk M., « Cartels globaux, riposte américaine. L'ère *Empagran* », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2005/1, p. 61

³² Cour Suprême américaine *Affaire Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 113 S.Ct. 2891 (1993)

³³ Cour Suprême américaine *Affaire Empagran S.A. (03-724) 542 U.S. 155 (2004) 315 F.3d 338*, Cf. question 5

³⁴ Voir notamment Commission, décision 1^{er} juin 1964, *Mertens et Straet / Bendix*, JOCE, 10 juin 1964



47. La Cour de Justice a énoncé ce concept dans l'affaire dite des *Matières colorantes*³⁵. Dans cet arrêt, la société Imperial Chemical Industries, productrice de matières colorantes s'est concertée avec d'autres producteurs de matières colorantes – européens ou non – afin d'augmenter similairement leur prix. La Cour de Justice a localisé les comportements anticoncurrentiels sur le territoire communautaire comme étant le fait de filiales, établies dans la Communauté. Étant entièrement contrôlées par les sociétés-mères, la Cour de Justice a alors imputé les comportements aux sociétés-mères, lui permettant ainsi d'atteindre des sociétés étrangères à la Communauté, sans se référer à la théorie des effets. La Cour affirmera ainsi que « la séparation formelle entre ces sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte ne pouvait s'opposer à l'unité de leur comportement sur le marché aux fins de l'application des règles de concurrence ». La Cour de Justice adoptera la même démarche en matière d'abus de position dominante, dans les affaires *Continental Can* et *Zoja*³⁶.

48. Ce critère de rattachement est juridiquement contestable. Il conduit la Cour de Justice à ignorer la « barrière des personnalités juridiques distinctes des sociétés-mères et filiales »³⁷. Mais la démarche de la Cour de Justice s'explique simplement. Chaque fois que la Cour de Justice peut rattacher l'entente à un comportement exécuté sur le territoire de l'Union, la compétence de la Commission et de la Cour de Justice se fonde sur la territorialité, critère de rattachement qui soulève le moins de contestation sur la scène internationale.

49. Toutefois, les circonstances des espèces ne permettent pas systématiquement de retenir le concept d'unité économique pour atteindre les sociétés-mères situées en dehors du territoire de l'Union. C'est pourquoi, dans un second temps, la Cour va développer un critère de rattachement fondé sur la mise en œuvre de l'entente.

- Le développement d'une approche fondée sur les effets ?

50. Il convient de relever que la position initiale de la Cour de Justice a pu être interprétée comme favorable à la théorie des effets³⁸. C'est ainsi que, dans un arrêt *Parke-Davis*, du 29

³⁵ CJCE, 14.07.1972 *Matières colorantes*, Aff. 48/69 à 57/69

³⁶ CJCE, 21.02.1973 *Continental Can*, CJCE 6.03.1974, *Zoja*

³⁷ Dutheil de la Rochère J., « *Réflexions sur l'application extra-territoriale du droit communautaire* », Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, p. 286

³⁸ Dutheil de la Rochère J., « *Réflexions sur l'application extra-territoriale du droit communautaire* », Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement p. 285



février 1968³⁹, où l'une des entreprises en cause était américaine, la Cour de Justice a examiné l'affaire au fond, sans se prononcer sur la question de la compétence, comme si, finalement, l'existence d'éléments d'extranéité dans la situation examinée était sans incidence et ne soulevait aucun problème⁴⁰. En outre, dans l'arrêt *Béguelin*⁴¹, la Cour de Justice a affirmé que « le fait, pour l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, dès lors que *l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun* ». Pour certains commentateurs, le fait que la Cour s'oriente vers la théorie de l'unité économique ne signifiait pas qu'elle rejetait la théorie des effets. Ainsi MM. les Professeurs Bischoff et Kovar considèrent que « la Cour préfère, et l'on ne saurait l'en blâmer, asseoir la compétence de la C.E.E. sur le fondement le plus solide possible. À cet égard, le cumul des rattachements par le lieu de l'infraction ou à tout le moins d'un de ses éléments constitutifs, et le lieu de ses effets, offre le maximum de garantie, sous réserve du recours à la théorie de l'entreprise unique. [...] Il serait aventureux d'affirmer que la localisation des effets soit un titre insuffisant »⁴².

51. Et d'ailleurs, comme le rappelle l'avocat général Darmon dans ses conclusions sur l'arrêt *Pâte de bois*, « la lecture de l'article 85 du traité [devenu 101 TFUE] permet généralement de soutenir que le droit de la concurrence communautaire est applicable, par sa vocation même, dès lors que les effets anticoncurrentiels se sont produits sur le territoire de la Communauté. [...] Au vu de ce texte, la grande majorité de la doctrine considère que ni la nationalité, ni la localisation géographique de l'entreprise, mais bien *la localisation de l'effet anticoncurrentiel constitue le critère d'application du droit communautaire de la concurrence*⁴³ ».

52. Or, l'avocat général Darmon poursuit en affirmant que ce critère de l'effet est avant tout un élément constitutif de l'infraction, en doutant que l'effet soit, « à strictement parler, le fondement de la compétence ». Et, à ce titre, si l'*obiter* de la Cour de Justice dans l'arrêt *Béguelin* semble affirmer que l'incidence des effets de l'entente suffise à fonder la compétence des autorités communautaires ; dans la pratique, la Cour s'est également appuyée sur la présence de comportements dans la Communauté. En conséquence, il convient davantage d'interpréter cet *obiter* en ce sens qu'il n'exclut pas la compétence des

³⁹ CJCE, 29.02.1968, *Parke-Davis*, Aff. 24/67

⁴⁰ Il convient toutefois de rappeler, pour nuancer l'impact de cette jurisprudence, que l'extraterritorialité ne doit pas être appréciée au regard de la nationalité des entreprises en cause.

⁴¹ CJCE, 25.11.1971, *Béguelin*, Aff. 22/71

⁴² Bischoff J.-M. et Kovar R., « *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté* », *Journal de Droit International* 1975, p. 684

⁴³ Conclusions de l'Avocat Général Darmon sous l'arrêt *Pâte de bois*, Points 8 et 9



autorités communautaires lorsque l'entreprise en cause se situe en dehors de l'Union plutôt que comme fondant la compétence des autorités communautaires sur la théorie des effets.

53. Cette interprétation est d'ailleurs conforme à la jurisprudence développée par la Cour de Justice dans l'arrêt *Pâte de bois*⁴⁴. Dans cette affaire, des producteurs de pâte au sulfate blanchie, étrangers à l'Union européenne, se sont concertés pour fixer leurs prix. La Commission européenne les a condamnés pour violation de l'article 85 TCEE [101 TFUE]. Quarante et un producteurs et deux associations de producteurs ont formé un recours contre la décision de condamnation de la Commission, en se fondant sur une appréciation erronée de l'article 85 TCEE [101 TFUE], ainsi que sur la violation de deux principes de droit international. La Cour de Justice n'accueillera pas cette demande, constatant d'une part que la Commission n'a pas procédé à une interprétation erronée de l'article 85 TCEE [101 TFUE], et évitant d'autre part d'approfondir les arguments tirés de la violation de principes de droit international⁴⁵.

54. Certains auteurs ont ainsi soutenu qu'il s'agissait d'un « arrêt de principe fort important car la Cour y reconnaît la compétence de la Communauté en raison des seuls effets produits par une entente sur le Marché commun, alors que, jusqu'à ce jour, les autorités communautaires avaient toujours pu invoquer, à côté de la localisation des effets concurrentiels, certains aspects de localisation des comportements anticoncurrentiels⁴⁶ ».

55. Si la Cour de Justice n'a effectivement pas fondé sa décision sur l'unité économique – les producteurs n'ayant aucune implantation dans l'Union – conclure à la consécration de la théorie des effets semble hâtif. En effet, alors que la Commission européenne et l'avocat général Darmon invitaient la Cour à consacrer la théorie des effets en droit des ententes, la Cour de Justice va orienter sa décision dans une autre direction, celle du lieu de la mise en œuvre de l'entente. Comme le souligne Mme le Professeur Laurence Idot, « une fois de plus, mais plus nettement que dans les affaires précédentes, la Cour évite de s'engager sur la pente glissante de la territorialité objective⁴⁷ ». Ainsi, la Cour de Justice va affirmer qu'« une infraction à l'article 85 [101 TFUE], telle que la conclusion d'un accord qui a eu pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du Marché commun, implique deux éléments de comportement, à savoir la *formation de l'entente* et sa *mise en œuvre*. Faire dépendre

⁴⁴ CJCE, 27.09.1988, *Ahlström c/Commission, Pâte de bois*, Aff. jointes 89/85 et autres

⁴⁵ Ne seront pas traités ici arguments fondés sur la violation de principes de droit international public – courtoisie internationale et obligations contradictoires – dans la mesure où ils feront l'objet d'un traitement particulier et actualisé depuis l'arrêt *Pâte de bois* (respectivement questions 5 et 4)

⁴⁶ Hermitte Marie Angèle, *Note sous arrêt Pâte de Bois*, *Journal de Droit International* 1989, p. 433

⁴⁷ Idot L., *Note sous arrêt Pâte de Bois*, *Revue trimestrielle de droit européen* 1989, n°3 p. 350



l'applicabilité des interdictions dictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions. Ce qui est déterminant est donc le lieu où l'entente est mise en œuvre [...] La compétence de la Communauté pour appliquer ses règles de concurrence à l'égard de tels comportements est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu par le droit international public ». « Pirouette » pour certains⁴⁸, absence de réels points de contact avec le territoire communautaire pour d'autres, ce passage a suscité de nombreuses critiques.

56. Dans l'esprit, ce critère semble être un bon critère⁴⁹, il permet d'éviter les dérives d'une théorie des effets aux contours mal définis. Pourtant, certains auteurs relèvent qu'en réalité, la voie choisie par la Cour de Justice revient indirectement à consacrer l'application de la théorie des effets⁵⁰. En effet, Evelyne Friedel relève que « la mise en œuvre d'une entente de prix représente aussi son premier effet direct, intentionnel, voire substantiel » et qu'ainsi « la différence est mince entre l'effet direct, prévisible et substantiel d'une pratique et sa mise en œuvre.⁵¹ » À termes, « une conception aussi lâche de la mise en œuvre contient [drait] en germe le risque d'une extension très considérable du champ du territoire communautaire ».

57. Finalement, à supposer que la Cour de Justice ait incidemment consacré la théorie des effets en droit communautaire – et nous nous garderons de partager cette conclusion – la question qu'il convient de se poser est de savoir si les craintes exprimées par certains commentateurs étaient fondées. À ce titre, la pratique que la Cour de Justice a fait de la localisation de la mise en œuvre de l'entente pour fonder sa compétence est raisonnable, et n'a finalement pas donné raison aux commentateurs les plus perplexes quant à la portée de l'arrêt de la Cour de Justice.

58. En conclusion, quel que soit le critère retenu au stade de la revendication de la compétence, et sa compatibilité avec le droit international public, l'objectif des États est de mettre en œuvre la compétence qu'ils revendiquent. La question qu'il convient donc de se

⁴⁸ Idot L., *Note sous arrêt Pâte de Bois*, Revue trimestrielle de droit européen 1989, n°3 p. 350

⁴⁹ Boutard-Labarde M.-Ch. et Vogel L., *Note sous arrêt Pâte de Bois*, JCP E 1990, II, n° 21429

⁵⁰ Dutheil de la Rochère J., « *Réflexions sur l'application extra-territoriale du droit communautaire* », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement* p. 291 référence à l'avocat général Walter Van Gerven, Stern B., « *L'extra-territorialité « revisitée » où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres...* », *Annuaire français de droit international*, Année 1992, Volume 38, p. 291

⁵¹ Friedel E., *L'extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la CEE*, Paris II, 1992



poser est celle de savoir si cette compétence extraterritoriale d'exécution est compatible avec le droit international.

2. LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ADMET-T-IL L'EXISTENCE D'UNE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE D'EXÉCUTION ?

59. Si les États revendiquent une compétence normative, c'est aux fins de la mettre en œuvre, i.e. enquêter sur la pratique et adopter une décision la concernant. L'existence d'une décision constatant l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, ou d'une décision prononçant une sanction ne soulèvent pas de réelles difficultés. « Commander n'est pas contraindre⁵² ». Ainsi, « tant que l'État se contente d'appliquer extraterritalement ses normes, prononçant des actes tels les injonctions devant être exécutées à l'étranger, l'État étranger peut se protéger en ignorant la portée de tels actes dans le cadre de son ordre juridique. Le pouvoir de commandement d'un État n'est pas limité à son territoire. C'est uniquement le pouvoir de coercition de l'État qui ne peut s'exercer sur le territoire d'un État étranger.⁵³ » Les difficultés surgissent effectivement lorsque l'État entend utiliser la contrainte pour obtenir des preuves ou veiller au respect des normes qu'il prescrit.

60. Cette question de la compétence extraterritoriale d'exécution a été abordée par la CPJI dans l'affaire du *Lotus*, au même titre que la revendication de compétence. Et force est de constater que, sur ce point, l'arrêt de la CPJI est sans appel : la compétence d'exécution impliquant l'exercice de sa puissance est une compétence strictement territoriale. Le principe de souveraineté des États s'oppose à ce qu'un État puisse procéder à des mesures d'exécution sur le territoire d'un autre État, « sauf existence d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention »⁵⁴. Cette interdiction de la CPJI est d'ailleurs relayée par la Charte des Nations-Unies, qui dispose en son article 2.7 qu' « aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans

⁵² Friedel E., *L'extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la CEE*, Paris II, 1992 p. 42

⁵³ Friedel E., *L'extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la CEE*, Paris II, 1992 p. 41

⁵⁴ *Affaire du Lotus*, série A n° 10, 7 septembre 1927



des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII». Cette interdiction tend à s'appliquer chaque fois qu'un État est susceptible d'employer la coercition, matérielle ou immatérielle, aussi bien au stade de l'instruction de l'enquête qu'au stade du prononcé de mesures ou sanctions.

61. Si les États ont globalement privilégié une application territoriale des mesures et sanctions, dans certains cas, les États se sont affranchis des limites posées par le droit international.

62. Comme le souligne M. le Professeur Goldman, « en plusieurs circonstances, les autorités fédérales des États-Unis ont prétendu imposer à des entreprises non américaines la production de documents se trouvant à l'étranger, ou leur ordonner des mesures effectives d'exécution des décisions par lesquelles les infractions ont été constatées et leur cessation ordonnée⁵⁵. » Ainsi, dans l'affaire *Swiss Watchmakers*⁵⁶, une juridiction américaine avait notamment imposé à des sociétés suisses d'annuler et cesser de faire produire des effets à des contrats, d'intégrer des parties du jugement dans les statuts d'une association d'entreprise, ou encore de sanctionner les membres de l'association d'entreprise qui méconnaîtraient le jugement. De la même manière, dans l'arrêt *Pâte de bois*, la Commission a accepté une réduction d'amende à condition que les entreprises étrangères facturent leurs produits dans la monnaie de l'acheteur.

63. Force est de constater que, dans ces circonstances, le droit international ne prévoit aucune sanction à l'égard des autorités et juridictions qui méconnaîtraient la position de la CPJI dans l'affaire du *Lotus*. Ainsi, ce sont les États eux-mêmes qui sont intervenus afin de neutraliser la mise en œuvre d'une compétence extraterritoriale d'exécution.

64. Au titre des enquêtes, un certain nombre d'États a adopté des lois dites de blocage, ou « *blocking statutes* », permettant de sanctionner la communication d'informations ou de documents dans le cadre d'enquêtes réalisées par les autorités de la concurrence étrangères. Le Royaume-Uni avec le Protection of Trading Interests Act de 1980 ou encore la France

⁵⁵ Goldman B., « *Les effets juridiques extraterritoriaux de la politique de la concurrence* », Revue du Marché Commun, 1972, p. 619

⁵⁶ Cour Suprême américaine, Affaire United States vs The Watchmakers of Switzerland Information Center Inc., 133 F Supp. 40 (1963), entente entre entreprises et associations d'entreprises de fabricants d'horlogerie



ont adopté ce genre de législation⁵⁷. La Cour de Cassation n'a d'ailleurs pas hésité, dans un arrêt du 12 décembre 2007, à sanctionner, pour la première fois au titre de la loi de blocage du 16 juillet 1980⁵⁸, un avocat français pour avoir sollicité des informations auprès d'un ancien employé alors qu'une procédure était pendante aux États-Unis. Si, depuis l'adoption de ces lois de blocage, les États ont développé une coopération dans les enquêtes menées dans le cadre d'ententes de dimension internationale, ces lois demeurent en vigueur.

65. Au titre de la sanction, Les États ont également dû réagir, au gré des affaires, ou en affirmant une position générale. Ainsi, le Gouvernement suisse est intervenu dans l'affaire *Swiss Watchmakers*, afin que les juridictions américaines modifient leur jugement. En revanche, dans l'arrêt *Pâte de Bois*, la contestation « maladroite »⁵⁹ des seules entreprises canadiennes, conjuguée à la réponse « laconique »⁶⁰ de la Cour de Justice, n'a pas permis de faire évoluer l'injonction de la Commission.

66. Certains États ont également refusé de reconnaître l'application extraterritoriale du droit des ententes. Le Royaume est sans doute l'État qui a le plus fermement manifesté son opposition⁶¹. Aussi, le Protection of Trading Interests Act de 1980, loi de blocage britannique, prévoit-il un champ d'application plus large que la loi de blocage française. La loi de protection des intérêts commerciaux prévoit ainsi l'interdiction pour toute personne faisant du commerce de se conformer à une mesure ordonnée par un État étranger lorsque celle-ci a été prononcée sur le fondement d'une loi sur le commerce internationale, dans le cadre d'une pratique se déroulant en dehors du territoire de l'État concerné, et menaçant les intérêts commerciaux du Royaume-Uni. Par ailleurs, cette loi interdit également aux juridictions britanniques de donner effet aux décisions étrangères en matière de concurrence⁶².

67. Les États-Unis se sont adaptés à la situation et les juridictions ont introduit une « *saving clause* » en vertu de laquelle les opérateurs économiques se conformeront aux injonctions des juridictions américaines, dans la mesure où celles-ci ne contreviennent pas au droit de

⁵⁷ Également : Canada, Australie

⁵⁸ Loi relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères (modifiant la loi du 26 juillet 1968 limitée au domaine du commerce maritime)

⁵⁹ Idot L., *Note sous arrêt Pâte de Bois*, Revue trimestrielle de droit européen 1989, p.357

⁶⁰ Idot L., *Note sous arrêt Pâte de Bois*, Revue trimestrielle de droit européen 1989, p. 358

⁶¹ Voir notamment : *British Nylon Spinners Ltd v. ICI Ltd* (1952) 2 All E. R. 780 (C.A.) où le juge britannique a refusé de reconnaître une décision américaine

⁶² Demaret P., « *L'extra territorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ?* », Revue Trimestrielle de Droit Européen 1985, p. 14



l'État où l'injonction doit être mise en œuvre. L'International Law Association a émis une recommandation dans le même sens, en estimant que :

« Dans le cas de compétence concurrente de deux ou plusieurs États créant un conflit relatif au comportement d'une personne :

- a) aucun État n'imposera un comportement sur le territoire d'un autre État qui serait contraire à la loi de ce dernier État⁶³ »

68. Le droit international public encadre donc beaucoup plus largement la compétence d'exécution des États que leur compétence normative. Toutefois, en l'absence de réaction internationale répressive, les États ont réagi de manière unilatérale et hétérogène. Ces réactions, nées de la violation des limites du droit international ne doivent cependant pas éclipser les difficultés qui naissent de l'existence même de l'extraterritorialité du droit des ententes.

3. QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DE L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DROIT DES ENTENTES ?

69. Si l'application extraterritoriale du droit peut être justifiée, du point de vue des États, par la nécessité de défendre leur « territoire contre les agressions économiques organisées de l'extérieur⁶⁴ », ce seul argument ne suffit pas à éclipser les problèmes qui surgissent de l'existence d'une application extraterritoriale du droit. Ainsi, au titre de la revendication de compétence, un conflit faisant naître des obligations contradictoires pour les opérateurs économiques peut apparaître (a). L'intervention cumulative des autorités de concurrence pose également le problème de la méconnaissance du principe *non bis in idem* (b).

⁶³ ILA, Résolution 1972 (New York), Article 7 a)

⁶⁴ Dutheil de la Rochère J., « *Réflexions sur l'application extra-territoriale du droit communautaire* », Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, p. 289



a. LA PROLIFÉRATION DES CONFLITS DE COMPÉTENCE EN DROIT DES ENTENTES

70. Comme le soulignent MM les Professeurs Bischoff et Kovar, la latitude laissée par le droit international sur la question de la revendication de compétence normative des États entraîne potentiellement des concours de compétence entre autorités ou juridictions pour réprimer une même pratique⁶⁵. Ainsi, une autorité peut s'estimer compétente sur le fondement de la compétence personnelle et une autre sur le fondement de la compétence territoriale. De même, une autorité peut se déclarer compétente sur le fondement de la territorialité stricte et une autre sur le fondement de la théorie des effets. Enfin, plusieurs autorités peuvent se reconnaître compétence sur le fondement de la théorie des effets. Les concours de compétence peuvent, en réalité, faire naître de faux et de vrais conflits. Ainsi, bien que l'hypothèse relève d'un cas d'école compte tenu des critères retenus en pratique par les États, si aucune autorité ou juridiction ne se reconnaît compétence, il n'existe pas véritablement de conflit. De même, lorsque les États répriment, au fond, la pratique en question, aucun conflit de compétence ne surgit entre les autorités ou juridictions compétentes. Cela ne signifie pas pour autant que ce genre de situations ne soulève aucune difficulté⁶⁶.

71. En revanche, une autorité ou juridiction peut imposer un comportement à un opérateur économique qui sera prohibé dans un autre État. Dans ce cas, l'application extraterritoriale du droit des ententes fait naître un conflit de compétence, mettant à la charge des opérateurs économiques des obligations qui peuvent être contradictoires.

73. Dans une telle situation, aucun traité de droit international ne permet de résoudre les conflits de compétence. Le droit international n'établit d'ailleurs aucune hiérarchie entre les chefs de compétences⁶⁷. L'exercice illicite de la compétence au regard du droit international doit toutefois céder la place à un exercice licite de la compétence au regard du droit international (Questions 1 et 2).

74. De tels conflits de compétence ne sont pas purement hypothétiques. Ainsi, dans l'affaire *Inter-american Refining Corp. V. Texaco Maracaïbo, Inc. et al*, un opérateur économique s'est plaint devant les juridictions américaines d'une pratique de boycott de la part de ses

⁶⁵ Bischoff J.-M. et Kovar R., « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté », *Journal de Droit International* 1975, p. 711

⁶⁶ Voir point b

⁶⁷ Stern B., « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire français de droit international*, Année 1986, Volume 32, p. 43



concurrents. Or, cette pratique avait été imposée par le Venezuela, pays du siège des sociétés. Les juridictions américaines ont accueilli cette justification et n'ont donc pas condamné les entreprises au titre du Sherman Act.

75. De même, dans l'affaire *Pâte de bois*, l'entente mise en place avait été exemptée aux États-Unis sur le fondement de la loi Webb-Pomerene. La Cour de Justice ne cherchera pas à entrer dans le débat, soulignant qu'en l'espèce les positions américaine et communautaire ne soulevaient aucune contradiction pour les entreprises parties à l'entente, les autorités américaines n'ayant pas imposé la constitution de l'entente. Or, ainsi que le note Mme le Professeur Laurence Idot, « l'exemption en droit de la concurrence implique toujours une décision étatique, motivée par des raisons de politique économique. Qu'il présume l'absence d'effets anticoncurrentiels sur son marché, ou juge que les effets bénéfiques l'emportent sur les effets anticoncurrentiels, l'État qui exempte une pratique restrictive manifeste toujours une « *volonté de permettre* » qui crée un conflit.⁶⁸ ». Il n'existe pourtant aucune solution qui permettrait de régler ce type de difficultés.

76. M. le Professeur Paul Demaret estime qu'« en pratique, lorsqu'un conflit surgit, l'État sur le territoire duquel un ordre doit être exécuté paraît avoir le dernier mot, car il dispose de la contrainte pour s'opposer à l'accomplissement de cet ordre. Mais ceci n'est qu'apparent. L'État qui a émis l'ordre dispose aussi de moyens de contrainte explicite et implicite lorsque le sujet de droit, c'est-à-dire en pratique, l'entreprise multinationale, a des attaches avec son propre territoire. À terme et globalement, la balance penchera nécessairement en faveur de l'État économiquement le plus puissant.⁶⁹ ». Un tel état de fait ne saurait être accepté. Et il convient de reconnaître que ces dernières années sont marquées par un renforcement de la coopération entre les États.

77. À supposer qu'il n'existe pas de conflit de compétence entre deux autorités – dans la mesure où ces dernières condamneraient toutes les deux la pratique – on ne peut pas pour autant conclure à l'absence de difficultés, et ce, en raison de l'exercice concomitant d'une compétence.

⁶⁸ Idot L., *Note sous arrêt Pâte de Bois*, Revue trimestrielle de droit européen 1989, p. 355

⁶⁹ Demaret P., « *L'extra territorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ?* », Revue Trimestrielle de Droit Européen 1985, p. 34



b. LE PRINCIPE NON BIS IN IDEM

78. Le principe *non bis in idem* s'entend comme l'interdiction de poursuivre ou punir une personne physique ou morale à raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou sanctionnée. L'application du principe *non bis in idem* implique donc une identité de parties, de faits, et d'intérêt juridiquement protégé.

79. Ce problème a été soulevé pour la première fois devant la Commission européenne dans l'affaire de l'entente internationale de la *Quinine*⁷⁰. Dans cette espèce, des producteurs de Quinine situés dans la Communauté et aux alentours se sont répartis les marchés et se sont concertés pour la fixation des prix. L'une des sociétés, la société allemande Boehringer Mannheim, a été condamnée par la Cour du district Sud de New-York, ainsi que par la Commission. La société a donc demandé à la Commission de tenir compte de l'amende prononcée aux États-Unis dans la sanction qu'elle lui infligeait. La Commission a rejeté cette demande, au motif que ce n'était pas l'entente elle-même qui avait été sanctionnée, mais les effets sur le territoire où ils se produisent. Ainsi, faute d'identité des faits réprimés, le principe de *non bis in idem* ne s'applique pas. M. le Professeur Goldman estime que l'« on ne contestera pas la possibilité théorique de cette division ; mais on peut se demander s'il est certain que chaque juge ou chaque autorité, saisi dans les limites de sa compétence, adaptera exactement le montant de l'amende à la gravité des effets sur le territoire d'application de sa propre loi »⁷¹.

80. MM les Professeurs Bischoff et Kovar estiment que la question « se présente sous un autre jour »⁷² lorsque l'une des autorités ou juridictions sanctionnent l'entente en tant que telle, alors qu'une autre la sanctionne pour ses effets. Ils considèrent qu'« il reste que la solution a quelque chose de choquant et qu'elle ne paraît compatible ni avec le souci que doit avoir le juge, dans une affaire à caractère international, de ne pas imposer aux parties une rigueur excessive, ni avec la modération et la mesure recommandée aux États par le droit international quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent leurs juridictions »⁷³.

81. Ces problèmes soulevés par l'application extraterritoriale du droit ne trouvent pas en pratique de solution satisfaisante. Mais à l'heure actuelle, le débat n'est plus le même que

⁷⁰ Commission décision, 16.07.1969, JOCE 5.08.1969

⁷¹ Goldman B., « Les effets juridiques extraterritoriaux de la politique de la concurrence », Revue du Marché Commun, 1972, p. 619

⁷² Bischoff J.-M. et Kovar R., « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté », Journal de Droit International 1975, p. 716

⁷³ Bischoff J.-M. et Kovar R., « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté », Journal de Droit International 1975, p. 717



dans les années 1970. Beaucoup d'États ont pris conscience de la nocivité des pratiques anticoncurrentielles. Leurs efforts ne visent donc plus aujourd'hui à lutter contre les applications extraterritoriales du droit national d'un autre État, mais à coopérer afin de lutter efficacement contre ces pratiques.

4. DES ALTERNATIVES À L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DROIT DES ENTENTES SONT-ELLES POSSIBLES ?

82. Des remèdes aux problèmes exposés ci-avant peuvent être apportés. La progression de la recherche de solutions amènera à s'intéresser tout d'abord aux solutions proposées en aval, dans la prévention de l'existence de conflits de compétence (a), puis, à examiner les solutions plus ambitieuses, en amont, visant à l'uniformisation du droit de la concurrence afin de mettre un terme à l'application extraterritoriale en droit des ententes (b). S'inscrivant dans une démarche volontariste, cette étude ne portera cependant que sur les instruments ayant pour objectif de trouver une vraie solution, ex-ante, ou ex-post à l'existence des conflits. Les instruments invoqués dans le seul but d'éviter un conflit, tels que la doctrine de l'immunité de l'État, la doctrine de l'acte d'État ou encore la doctrine de la contrainte de l'État, ne seront donc pas abordés.

83. Il convient avant tout de s'intéresser à la coopération mise en place entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie. Cette dernière constitue la forme de coopération la plus aboutie entre États, en matière d'abus de position dominante. À cet égard, ces deux États n'ont pas mis en place de coopération à proprement parler, mais ont étendu l'application du droit et la compétence des juridictions de chacun à l'autre État. Ce type de « coopération » revient à admettre une application extraterritoriale en droit de l'abus de position dominante, dans sa forme la plus absolue. Il est évident qu'en pratique un tel mécanisme, matériellement et géographiquement circonscrit, ne peut être reproduit et étendu à l'échelle mondiale.

a. SOLUTIONS APPORTÉES AUX CONFLITS DE COMPÉTENCE



i. Solution unilatérale

84. Dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, le Juge Fitzmaurice a, pour la première fois, évoqué la nécessité de modérer l'étendue de la compétence normative des États : « Il est vrai qu'à l'heure actuelle le droit international n'impose aux États aucune règle rigide délimitant le domaine de leur compétence nationale en pareilles matières (et il en est évidemment d'autres : par exemple, les questions de transports maritimes, la législation anti-trust, etc.) mais il leur laisse à cet égard une grande latitude. Néanmoins a) il postule l'existence de limites, même si dans tout cas d'espèce c'est au tribunal qu'il incombe de les définir aux fins de l'affaire dont il s'agit, et b) il impose à tout État *l'obligation de faire preuve de modération et de mesure* quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empiéter indûment sur la compétence d'un autre État, quand celle-ci est mieux fondée ou peut être exercée de manière plus appropriée⁷⁴ ».

85. De nombreux auteurs estiment ainsi que la revendication de la compétence normative des États doit présenter un caractère raisonnable. Il convient de noter que les auteurs s'accordent sur ce point, qu'ils considèrent, ou non, que la compétence normative des États est illimitée. C'est ainsi que Mme le Professeur Brigitte Stern considère que « le rattachement justifiant la compétence extraterritoriale ne doit pas être fortuit ou dénué de signification »⁷⁵. Toutefois, l'exercice « raisonnable » de la revendication des États n'est en rien une obligation qui s'impose à eux. Par ailleurs, il ne s'agit pas d'une exigence précise. Au contraire, une grande liberté est laissée aux États pour définir les contours et le contenu de cette exigence. Et, selon la place accordée et le contenu de cette exigence, la modération de compétence aura une efficacité et une effectivité différentes d'une juridiction à l'autre.

86. La modération de l'étendue de la compétence normative des États a pris la forme, aux États-Unis, d'un test de balance par les juridictions américaines⁷⁶. L'idée est simple, il s'agit de mettre en balance les intérêts étatiques en présence au travers d'une série de critères ou d'interrogations énoncés successivement par les juges. L'avocat général Darmon a mis en évidence les limites de cette autolimitation dans ses conclusions sur l'arrêt *Pâte de bois*.

⁷⁴ CIJ *Barcelona Traction*, Opinion Dissidente du Juge Fitzmaurice

⁷⁵ Stern B., « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », *Annuaire français de droit international*, Année 1986, Volume 32,

⁷⁶ Voir notamment : *Affaire Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597, 606 (9th Cir. 1976), et *Affaire Mannington Mills Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287 (3d Cir 1979)



L'avocat général Darmon reprend, à cet égard, les critiques formulées par le juge Wilkey. Ce dernier estime en effet que la technique de la balance des intérêts est une technique inadaptée en ce qu'elle revient à obliger « à choisir entre une loi interne, destinée à protéger les intérêts nationaux, et une loi étrangère visant à en écarter l'application qui menacerait des intérêts étrangers ». Le juge Wilkey doute de la capacité des juridictions à évaluer objectivement des intérêts concurrents. La pratique des juridictions américaines tend d'ailleurs à montrer que la quasi-totalité des affaires dans lesquelles une juridiction américaine a procédé à une mise en balance des intérêts étatiques en présence a conduit à écarter la revendication de compétence d'un État étranger.

87. L'autolimitation des États, solution unilatérale, ne constitue donc pas la solution adaptée aux conflits de juridictions issus de la revendication d'une application extraterritoriale en droit des ententes. Il convient donc de s'interroger sur l'existence de solutions mettant en jeu une coopération entre États.

ii. Solutions bilatérales

88. Les pays ayant adopté une législation antitrust ont conclu de nombreux accords bilatéraux (Annexe 1). Leurs objectifs ne sont pas toujours les mêmes. Ainsi, la majorité de ces accords instaure une simple coopération entre les autorités compétentes couvrant l'échange d'informations (essentiellement non confidentielles) ainsi qu'une aide à l'enquête, tandis que d'autres prévoient l'emploi de moyens contraignants pour assurer cet échange d'informations indépendamment de l'existence d'une violation de la législation de l'État apportant son assistance⁷⁷.

89. Si ces accords sont encouragés par l'OCDE ou la CNUCED en ce qu'ils renforcent la détection et la sanction de pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale, il convient de constater qu'ils n'apportent pas de solutions aux difficultés qui surgissent dans le cadre de l'application extraterritoriale en droit des ententes.

90. En revanche, un autre type d'accords est en mesure d'apporter une solution à ces problèmes. En effet, certains États ont intégré dans leurs accords bilatéraux le principe dit de courtoisie internationale ou *comity*. Le principe de courtoisie internationale est un principe de droit international qui invite un État à prendre en considération les intérêts

⁷⁷ Accords USA/Australie ; USA/RU facilités par l'adoption de l'AIEAA des USA en 1994



d'un autre État. La courtoisie internationale peut être passive mais également active. Définie par l'OCDE, elle consiste à considérer avec attention et bienveillance la demande d'un autre pays visant à ce qu'il engage ou élargisse une procédure d'application de réglementation dans des affaires de concurrence en vue de remédier à une pratique intervenant sur son territoire et portant gravement atteinte aux intérêts d'un autre pays. Le pays requis est instamment invité à prendre les mesures correctrices qui lui paraissent appropriées, sur une base volontaire et compte tenu de ses intérêts légitimes⁷⁸.

91. Le premier accord intégrant le principe de courtoisie internationale en droit de la concurrence est l'accord conclu entre les États-Unis et la Commission des Communautés européennes, signé le 23 septembre 1991 (entré en vigueur le 27 avril 1995). Outre la procédure de notification automatique (article II), et le système de coordination et de coopération entre les parties (article VII), les articles IV et V de l'accord de 1991 disposent que

« Dans le cadre de ses propres lois, et dans la limite compatible avec ses intérêts importants, chacune des parties s'efforce à tous les stades de ses mesures d'application, de prendre en considération les intérêts importants de l'autre parties ».

« Si l'une des parties estime que des actes anticoncurrentiels commis sur le territoire de l'autre partie affectent ses intérêts importants, elle peut adresser une notification à l'autre partie et demander que les autorités en matière de concurrence de celle-ci prennent les mesures d'application appropriées ».

92. Cet accord a été complété par l'accord du 18 juin 1998, dénommé *Positive Comity Agreement*. Ce supplément d'accord prévoit, dans l'optique qui nous retient, une présomption d'ajournement ou de suspension de l'action de l'État requérant. Cet ajournement ou suspension est conditionné, mais il témoigne bien d'un souci de coopération et de prévention des conflits de compétence, dans le plus grand respect de la souveraineté des États.

93. Toutefois, la mise en œuvre de ce type d'instrument n'est pas exempt d'inconvénients. Ainsi, l'application du principe de courtoisie active comporte des limites, les deux principales étant que le principe de courtoisie active repose sur une démarche volontaire des États parties à l'accord, et qu'il ne trouve à s'appliquer que lorsque la pratique est prohibée dans l'État apportant son assistance. Concernant l'accord UE/États-Unis, à

⁷⁸ Rapport du comité de l'OCDE du droit et de la politique de la concurrence sur la courtoisie positive du 6 et 7 mai 1999



proprement parler, il convient également de relever que cet accord ne couvre pas les échanges d'informations confidentielles, susceptibles d'apporter les preuves les plus déterminantes de l'existence d'une entente. Par ailleurs, le supplément ne vise pas les opérations de fusion ayant des effets extraterritoriaux⁷⁹.

94. Enfin, force est de constater que résoudre les conflits de compétence au moyen d'instruments bilatéraux obligerait à conclure un nombre considérable d'accords. À ce titre, un rapport publié en 2000, par un groupe de travail de l'OMC sur l'interaction qu'il existe entre les politiques de concurrence et de commerce, met en évidence que, pour des raisons pratiques, il est nécessaire d'envisager un accord multilatéral, les accords bilatéraux s'appliquant à une région précise facilitant les cartels internationaux.⁸⁰ Ainsi, en tout état de cause, les accords bilatéraux ne permettent pas de prétendre à une suppression des conflits de compétence à l'échelle mondiale.

iii. Solutions multilatérales :

95. Des solutions ont également été recherchées au niveau international. À ce titre, il convient de relever que les enceintes en question ont un point commun ; qu'il s'agisse de l'OCDE, de la CNUCED, ou de l'ICN, les travaux de ces institutions sont dénués de force contraignante.

o OCDE

96. L'OECE (Organisation Européenne de Coopération Économique) a été créée afin de mettre en œuvre le Plan Marshall après la Seconde guerre mondiale. Ainsi, à l'origine, les problématiques liées au droit de la concurrence étaient étrangères à l'Organisation. Toutefois, après l'accomplissement de cette mission, l'OECE est devenue Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE). Ayant pour objectif la promotion d'une coopération large entre les États parties, l'OCDE est ainsi devenue l'organisation internationale qui a le plus œuvré dans l'élaboration de la *soft law* de concurrence⁸¹. Dans ce cadre, l'OCDE adoptera dès 1967 une recommandation relative aux

⁷⁹ On verra, question 6, que des opérations de notification de fusions ont fait l'objet de décisions contraires entre, à l'époque, la Communauté européenne, et les États-Unis.

⁸⁰ Report (2000) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council, WT/WGTCP/4

⁸¹ Nathalie Jalabert-Doury « Les instruments de coopération plurilatéraux et multilatéraux de *soft law* élaborés par l'OCDE », dans *Mondialisation et droit de la concurrence*, page 143



pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux, qui sera révisée en 1973, 1979, 1986 et 1995. Dans cette dernière recommandation, l'OCDE soulèvera les problèmes de l'application extraterritoriale unilatérale des législations en droit de la concurrence, du point de vue de la souveraineté des États concernés. L'organisation n'a toutefois pas attendu cette dernière recommandation pour mettre en place des solutions aux conflits nés de l'application extraterritoriale des législations de concurrence des États parties. Ainsi, la recommandation de 1973 a introduit le principe de courtoisie active. Par ailleurs, les recommandations ultérieures développeront les mécanismes d'échange d'informations ainsi que les procédures de notification et de conciliation, qui serviront de modèles à de nombreux accords bilatéraux⁸².

97. Parallèlement, l'OCDE œuvre pour un rapprochement des législations. Ainsi, en 1998, l'OCDE a-t-elle adopté une recommandation sur les ententes injustifiables, catalyseur conduisant à l'adoption de législations pour les États n'ayant pas de droit antitrust ou renforçant les moyens d'action ou de sanction pour les États en possédant une. À défaut de faire disparaître les conflits de compétence, la convergence des législations peut conduire à limiter les obligations contradictoires pesant sur les opérateurs économiques. À ce jour, l'OCDE a publié 3 rapports, dont le dernier, en 2005, fait état des progrès et des efforts qu'il reste à fournir. L'OCDE a par ailleurs, en 2005, publié un guide sur les Bonnes pratiques pour l'échange formel d'informations.

98. L'OCDE n'est cependant pas un forum universel, et ses recommandations ne lient pas les États parties à l'Organisation. Pour autant, ces recommandations ont influencé de nombreux accords bilatéraux conclus entre États⁸³, et ont donc permis, de cette façon, d'élaborer des solutions aux conflits de compétence entre Autorités de concurrence.

o CNUCED

99. Depuis 1972 la CNUCED a également témoigné d'un souci de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux. Ainsi, la CNUCED a élaboré différents codes, et notamment un Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence, adopté par l'Assemblée Générale des NU en 1980. À l'instar de l'OCDE, une telle démarche, à défaut de mettre un terme aux conflits de compétence entre

⁸² Nathalie Jalabert-Doury « Les instruments de coopération plurilatéraux et multilatéraux de soft law élaborés par l'OCDE », dans *Mondialisation et droit de la concurrence*, p. 148

⁸³ En premier lieu l'accord UE/États-Unis



les autorités ou juridictions compétentes, doit permettre, aux États, qui suivraient cet instrument, d'éviter de mettre à la charge des opérateurs économiques des obligations contradictoires, étant entendu que la CNUCED a une portée universelle. Si ces travaux constituent « un formidable effort partagé [...] pour diffuser une véritable culture de la concurrence dans un monde toujours plus globalisé », l'impact de cet Ensemble sur les conflits de compétence reste mesuré. Preuve en est, Philippe Brusick, ancien Chef des politiques de la concurrence et de la consommation de la CNUCED, estime que « biens rares sont ceux dans le monde académique et juridique des pays développés qui se souviennent ou qui se soucient de l'existence dudit « Ensemble »⁸⁴ ».

o ICN

100. L'International Competition Network (ICN), est un réseau informel des autorités de la concurrence et autres acteurs, représentants de la société civile, créé en 2001 à l'initiative des États-Unis, et dédié aux questions d'application du droit de la concurrence⁸⁵. À la différence de l'OCDE, ou de la CNUCED, il ne s'agit pas d'une organisation internationale. Les principales missions de l'ICN sont de « formuler des propositions de convergence procédurale et matérielle, de faciliter une meilleure application du droit de la concurrence [...], de promouvoir des standards [...], ou encore d'encourager la communication des expériences et des pratiques les meilleures.⁸⁶ » Un groupe de travail a été mis en place sur la question de la lutte contre les ententes afin d'établir des principes directeurs. Ce groupe de travail a été divisé en deux sous-groupes, l'un constituant un forum général sur les ententes, invité à discuter sur un système de lutte contre les ententes plus efficaces, et l'autre, sur les techniques d'application, i.e. sur les mécanismes permettant de lutter contre les cartels injustifiables, ce dernier ayant donné naissance à un manuel d'application anti-entente, soulevant les difficultés pratiques rencontrées par les ANC⁸⁷.

101. La création de ce réseau témoigne d'une volonté des ANC parties de rester régulièrement en contact⁸⁸, et d'approfondir concrètement la coopération entre elles au

⁸⁴ Philippe Brusick, « La CNUCED : le cde des Nations Unies sur la concurrence », dans Mondialisation et droit de la concurrence

⁸⁵ Conformément au Mémoire de création de l'ICN

⁸⁶ Mathieu Cardon, « Le Réseau International de la Concurrence : une question de foi », dans Mondialisation et droit de la concurrence »

⁸⁷ Mathieu Cardon, « Le Réseau International de la Concurrence : une question de foi », dans Mondialisation et droit de la concurrence » pages 217/218

⁸⁸ L'ICN se réunit annuellement, la dernière réunion s'est tenue en mai dernier, en Turquie



moyen des rapports réalisés par les Groupes de travail. L'ICN participe donc également d'une convergence, non pas des législations, mais de la pratique des ANC. Cette convergence pourrait, à terme, constituer la réponse la plus adaptée aux conflits de compétence dans le cadre de l'application extraterritoriale du droit des ententes.

102. En conclusion, il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'instrument de dimension internationale permettant d'éliminer efficacement les risques de conflits de compétence. Parallèlement, une démarche plus ambitieuse, visant à exclure la possibilité même pour les États de revendiquer une application extraterritoriale de leur droit, peut être mise en évidence.

b. SOLUTIONS APPORTÉES À L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DROIT DES ENTENTES : L'ÉLABORATION D'UN DROIT DE LA CONCURRENCE UNIFORME

103. L'existence de conflits de compétence et autres obligations contradictoires mises à la charge des opérateurs économiques trouve naissance dans l'absence ou les disparités des législations antitrust. En conséquence, un moyen de prévenir l'existence de tels conflits vise à soumettre les États à un droit uniforme de la concurrence. À ce jour, cette solution peut être apportée à deux niveaux.

i. Solutions régionales

104. L'Union européenne est le modèle d'intégration régionale le plus abouti. Ce modèle tient lieu notamment de référence en matière d'application du droit de la concurrence. Trois facteurs principaux expliquent ce constat.

105. En premier lieu, l'existence d'une concurrence non faussée à l'intérieur du marché intérieur constitue l'un des objectifs essentiels des Communautés européennes. À cette fin, la Communauté Économique européenne s'est dotée, en 1957, d'un ensemble de règles permettant de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles.

106. En deuxième lieu, la Cour de Justice a très tôt reconnu la primauté et l'effet direct du droit communautaire sur les droits nationaux⁸⁹. La primauté du droit communautaire, combinée à la reconnaissance d'un effet direct ont œuvré dans le sens d'une convergence

⁸⁹ CJCE 1964 *Costa contre ENEL*, CJCE 1962 *Van Gend en Loos*



des législations nationales vers le droit communautaire⁹⁰, permettant ainsi de limiter les risques d'obligations contradictoires à la charge des opérateurs économiques.

107. Enfin, la Commission européenne, autorité supranationale, sous le contrôle de la Cour de Justice, juridiction également supranationale, a été chargée de la mise en œuvre de ces dispositions. L'existence d'une autorité supranationale a permis d'uniformiser la pratique des autorités et juridictions nationales. La décentralisation de l'application de l'article 101 §3 TFUE, avec l'entrée en vigueur du règlement 1/2003, témoigne de la confiance accordée par la Commission aux États membres pour qu'ils veillent à une application cohérente des règles communautaires de la concurrence. Cette décentralisation a d'ailleurs été accompagnée d'un renforcement de la coopération et de la coordination entre Commission et autorités nationales de concurrence d'une part ; et entre autorités nationales entre elles d'autre part ; avec la création d'un Réseau Européen de Concurrence (REC).

108. Aussi, le règlement 1/2003 prévoit-il qu'une « collaboration étroite » entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence (article 11), passant par des échanges d'informations, même confidentielles (article 12) ou encore par la possibilité offerte à une ANC de mener une enquête au nom et pour le compte d'une autre ANC (article 22). Toutefois, l'article le plus à même de prévenir les conflits de compétence entre les ANC est l'article 13, qui prévoit que « lorsque les autorités de concurrence de plusieurs États membres sont saisies d'une plainte ou agissent d'office au titre de l'article 81 ou 82 du traité à l'encontre d'un même accord, d'une même décision d'association ou d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte. La Commission peut également rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un État membre la traite. Lorsqu'une autorité de concurrence d'un État membre ou la Commission est saisie d'une plainte contre un accord, une décision d'association ou une pratique qui a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, elle peut la rejeter. »

109. La cohérence du système est par ailleurs assurée par les articles 3 et 16 du règlement, qui prévoient notamment que « les décisions des autorités de la concurrence ne peuvent être contraires aux décisions de la Commission ».

110. En conséquence, le modèle communautaire associe la convergence des législations nationales, l'existence d'une autorité et de juridictions supranationales pour veiller au

⁹⁰ Bien que les États membres conservent leurs spécificités : exemple de la France avec l'abus de dépendance économique



respect des dispositions communautaires, ainsi qu'une coopération intense entre les Autorités Nationales de concurrence. Ce système permet ainsi, à une autorité nationale de concurrence de traiter une pratique qui s'étendrait au-delà de ses frontières, parce qu'elle est la première à avoir été saisie ou la mieux placée, sans que cela ne l'expose à des tensions ou conflits avec d'autres autorités.

111. D'autres organisations régionales existent (Annexe 2). Toutefois, ces organisations ont pour principale vocation la création d'une zone de libre-échange, ou d'union douanière, et ne prévoient donc pas un niveau aussi élevé d'intégration⁹¹. Les accords instituant ces organisations régionales disposent toutefois de dispositions relatives à la coopération en droit de la concurrence, à l'instar des accords de coopération⁹².

ii. Solutions multilatérales

112. Les États-Unis et l'Union européenne ont voulu accélérer le mouvement initié par l'OCDE au profit d'une structure plus globale et plus contraignante⁹³.

113. Ainsi, dès la première conférence ministérielle de l'OMC, à Singapour en 1996, un groupe de travail a été constitué pour traiter de l'interaction du commerce avec la concurrence. En 2001, à Doha, lors de la quatrième conférence ministérielle de l'OMC, les Membres de l'OMC ont conclu que « Reconnaissant les arguments en faveur d'un cadre multilatéral destiné à améliorer la contribution de la politique de la concurrence au commerce international et au développement, et la nécessité d'une assistance technique et d'un renforcement des capacités accrues dans ce domaine (...), nous convenons que des négociations auront lieu après la cinquième session de la conférence ministérielle sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations ».

114. Avant de s'intéresser plus avant à la question de ces négociations, il convient de s'interroger sur la pertinence d'un développement du droit de la concurrence dans

⁹¹ Exception faite de l'ACREANZ et de l'UEMOA

⁹² CNUCED, Commission de l'investissement, de la technologie, et des questions financières connexes et Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, 8^{ème} session, 17 – 19 juillet 2007

⁹³ Nathalie Jalabert-Doury « Les instruments de coopération plurilatéraux et multilatéraux de soft law élaborés par l'OCDE », dans *Mondialisation et droit de la concurrence*, p. 155



l'enceinte de l'OMC, dans le cadre de la question qui nous intéresse, les solutions alternatives à l'application extraterritoriale du droit des ententes.

115. Les défenseurs d'une internationalisation du droit de la concurrence dans le cadre de l'OMC⁹⁴ mettent en avant la dimension quasi universelle de l'OMC. Par ailleurs, l'idée selon laquelle rien ne sert de supprimer les barrières étatiques aux échanges internationaux si les opérateurs économiques sont en mesure de les rétablir au moyen de pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale s'est imposée. L'accord OMC contient d'ailleurs des dispositions relatives au droit de la concurrence, notamment dans l'accord ADPIC. Enfin, l'OMC dispose d'un Organe de Règlement des Différends (ORD), complément nécessaire à la lutte contre les conflits de compétence.

116. Des arguments s'opposent néanmoins à l'idée selon laquelle l'OMC constitue un cadre approprié à l'émergence de règles internationales en droit de la concurrence. Ainsi, le caractère universel de l'OMC peut également nuire à l'existence de règles anticoncurrentielles. En effet, au plan mondial, il existe des divergences entre les différents droits de la concurrence. Certains États n'ont d'ailleurs pas adopté de droit de la concurrence. En conséquence, seul un accord *a minima*, condamnant les pratiques les plus préjudiciables, telles que les *hard core cartels*, serait susceptible d'être approuvé. Cet accord, de moindre dénominateur commun, irait à l'encontre de l'objectif affiché d'accord plus global et plus contraignant. Les États-Unis craignent que ce type d'accord ne dilue le droit américain⁹⁵.

117. Par ailleurs, autre point essentiel dans la lutte contre l'application extraterritoriale du droit des ententes, l'existence d'une juridiction internationale. L'Organe de Règlement des Différends est certes un organe quasi juridictionnel, mais, à supposer même qu'il existe un consensus des États pour soumettre les questions de droit de la concurrence à sa compétence, il convient de constater que cet organe exclut les acteurs privés. Or, ces mêmes acteurs privés sont les principaux destinataires des règles de droit de la concurrence. L'existence d'une juridiction supranationale permettrait pourtant d'assurer une application uniforme d'un droit de la concurrence universel.

⁹⁴ Voir notamment Heinemann A., « *La nécessité d'un droit mondial de la concurrence* », Revue Internationale de Droit Économique 2004 ; Abdelgawad W., « *Jalons de l'internationalisation Du droit de la concurrence : Vers l'écllosion d'un ordre juridique Mondial de la lex economica* », 2001/2

⁹⁵ Nathalie Jalabert-Doury « Les instruments de coopération plurilatéraux et multilatéraux de soft law élaborés par l'OCDE », dans Mondialisation et droit de la concurrence



118. « La création de cette cour et une structure multilatérale, voire plurilatérale, en matière de concurrence est fondamentale pour la mise en place d'un tribunal appliquant un droit universel, mais la route est longue et ceux qui empruntent ce chemin ne sont pas hors de danger⁹⁶ ».

119. En somme, l'OMC ne constitue pas nécessairement l'enceinte idéale pour l'édification d'un droit international de la concurrence. La raison n'est toutefois pas exclusivement à rechercher dans la structure de l'OMC. En effet, compte tenu des disparités des législations antitrust et des réticences de certains États de se soumettre à une juridiction internationale en assurant l'application uniforme, c'est la construction même d'un droit international de la concurrence qui est remise en cause. Les États ne semblent pas prêts à élaborer un droit international de la concurrence, droit permettant, à terme, de mettre fin à l'application extraterritoriale des droits nationaux de la concurrence.

120. D'aucun ne s'étonnera donc de l'épilogue des négociations du droit de la concurrence à l'OMC. En effet, le sommet de Cancun a cristallisé les différends, opposant les pays en développements et les pays développés, et s'est traduit par un abandon des réflexions sur l'intégration du droit de la concurrence à l'OMC.

121. Cet échec n'est pas pour autant synonyme de rejet de toute question de droit de la concurrence à l'OMC. L'ORD a en effet appréhendé, à de rares occasions, de questions relatives au droit de la concurrence⁹⁷, mettant tour à tour en œuvre les principes fondamentaux de l'OMC ou des règles spécifiques.

122. En conséquence, il n'existe pas d'instrument idéal de résolution des conflits nés de l'application extraterritoriale du droit antitrust. Toutefois, les accords régionaux, en premier lieu desquels celui de l'Union européenne, offre une alternative à l'application extraterritoriale du droit des ententes. Un tel degré d'intégration ne semble pourtant pas en passe de voir le jour dans les autres régions du monde. Aussi conviendrait-il d'approfondir les autres accords régionaux, tout en maintenant les accords bilatéraux qui présentent l'avantage d'être conclus entre les principaux partenaires commerciaux.

⁹⁶ Romano F., « Les accords bilatéraux de coopération en matière d'application des règles de concurrence » p. 99

⁹⁷ Voir à ce sujet les affaires : Japon – Pellicules et Telmex



5. VERS L'ADMISSION D'UN DROIT À RÉPARATION EXTRATERRITORIAL ?

123. Qu'elle résulte d'une application impérialiste ou modérée, unilatérale ou résultant d'un processus conventionnel, l'application extraterritoriale en droit des ententes est une réalité. Un volet de la question de l'application extraterritoriale n'a cependant pas été abordé, celui de la réparation d'une pratique par l'allocation de dommages-intérêts aux victimes. Cette question peut recouvrir un grand nombre d'hypothèses (État sur lequel des comportements anticoncurrentiels ont été commis – État compétent sur le fondement de la théorie des effets). L'une d'elles – certainement la plus extrême – a été portée à la connaissance des juridictions américaines en 2004. Suite à la condamnation par les autorités communautaires et américaines du cartel des vitamines⁹⁸, des victimes non américaines ont saisi les juridictions américaines afin d'obtenir réparation du préjudice subi, lors de transactions hors du territoire américain avec des entreprises non américaines, sur le fondement du droit américain.

124. Il faut reconnaître qu'en matière de poursuites privées le droit américain est favorable aux victimes. Alors qu'en Europe l'instauration d'une action de groupe est encore à l'état de projet, les États-Unis ont depuis longtemps admis ce principe. Mieux encore, les juridictions américaines mettent en œuvre le « *treble damages* », permettant d'obtenir réparation du triple du dommage subi. Ainsi, comme le relève un auteur, « quel plaignant étranger se contenterait d'une réparation, au mieux, à hauteur du préjudice subi en s'adressant à sa juridiction d'origine, alors qu'une réparation au triple du même dommage lui est promise aux États-Unis ?⁹⁹ ».

125. Au début des années 2000, trois Cours d'Appel américaines ont eu à connaître de demandes de ce type, demandes ayant toutes les trois abouti à des solutions différentes¹⁰⁰. S'agissant de l'affaire qui nous concerne, l'affaire *Empagran*, la Cour d'appel du district de Columbia a admis la demande des plaignantes, en retenant que l'exigence de Sherman Act selon laquelle la pratique doit « pouvoir donner lieu à plainte au titre du Sherman Act » était

⁹⁸ Cartel de laboratoires pharmaceutiques se répartissant le marché mondial des vitamines et pratiquant des hausses de prix

⁹⁹ Rezzouk M., « *Cartels globaux, riposte américaine. L'ère Empagran* », Revue Internationale de Droit Economique, 2005/1

¹⁰⁰ Affaires *Statoil – Kruman – Empagran*



satisfaite dans une telle configuration. Compte tenu des divergences des Cours d'appel, la Cour Suprême a accepté d'examiner l'affaire *Empagran*.

126. De nombreux *amici curia* se sont présentés devant la Cour Suprême américaine, preuve de l'enjeu de la réponse à la question qui lui était posée. La plupart des intervenants (États, avocats, milieux d'affaire) se sont prononcés en faveur de l'infirmité de l'arrêt de la Cour d'appel, les États invoquant à l'appui de leur requête la violation du principe de souveraineté. Seuls favorables à la confirmation de l'arrêt, les milieux académiques et associatifs, soulignant qu'un alignement sur la réparation du préjudice perçue aux États-Unis permettrait de réduire le nombre de cartels.

127. La Cour Suprême américaine ne va pourtant pas suivre les recommandations adressées par ces derniers, rejetant ainsi la démarche de la Cour d'Appel du district de Columbia. Se fondant sur la courtoisie internationale et sur l'intention du Congrès lors de l'adoption du Federal Trade Antitrust Improvements Act de 1982, la Cour Suprême va se prononcer sur une hypothèse particulière où le préjudice de la victime étrangère est indépendant du marché américain. Dans ce cas, et à l'unanimité, la Cour Suprême va rejeter la recevabilité de demandes de dommages-intérêts. La Cour Suprême n'a en revanche pas tranché la question concernant l'existence d'un préjudice dépendant du marché américain, laissant à la Cour d'appel de renvoi le soin d'y répondre. M. Zeddouk avait alors estimé qu'en cas de dépendance du préjudice subi au marché américain, les juridictions américaines seraient amenées à écarter le principe de courtoisie active. La Cour d'Appel du district de Columbia ne va pas entrer dans le débat de la dépendance ou de l'indépendance du préjudice au marché américain. Selon elle, la preuve que doivent apporter les victimes d'ententes pour obtenir réparation de leur préjudice par les juridictions américaines est celle d'une causalité immédiate entre le préjudice subi et les effets sur le marché américain de l'entente¹⁰¹. La Cour Suprême rejettera le pourvoi formé contre cet arrêt de renvoi.

128. Comme le relève à juste titre M. Souty, « une interprétation permettant à des plaignants privés d'obtenir des dommages sur le territoire des États-Unis, dans les conditions du droit des États-Unis pour des dommages subis hors du territoire américain, aurait fait du droit américain un droit directement applicable dans tous ses éléments au plan

¹⁰¹ Pour d'autres applications de ce critère: *Latino Quimica-Amtex S.A. v. Akzo Nobel Chemicals B.V.*, 2005 U.S. Dist. Lexis 19788 (S.D.N.Y. 2005) ; *In re Dynamic Random Access Memory Antitrust Litig.*, 2006 U.S. Dist. Lexis 8977 (N.D. Cal., 2006) ; *In re Graphite Electrodes Antitrust Litig.*, 2007 U.S. Dist. Lexis 3349 ; *In re : Monosodium Glutamate Antitrust Litig.*, 2007 U.S. App. Lexis 2772 (8th Cir. 2007)



mondial, dès lors qu'une cour américaine aurait reconnu applicable le droit des États-Unis sur le territoire américain.¹⁰² »

129. En conséquence, consciente des différences qui subsistent dans la réparation des préjudices, la solution arrêtée par la Cour d'Appel du district de Columbia est prudente. La Cour d'Appel du district de Columbia a ainsi préservé la souveraineté des États, en ne leur imposant pas le système des « *treble damages* », qui, selon la Cour Suprême elle-même, est « fortement controversé¹⁰³ ».

6. EXISTE-T-IL UN CRITÈRE D'APPLICATION EXTRATERRITORIALE EN DROIT DES CONCENTRATIONS ?

130. Les opérations de concentration se sont multipliées avec la mondialisation des échanges. Ainsi, à l'échelle mondiale, les fusions et acquisitions ont augmenté de 350% entre 1975 et 2000.

131. La mondialisation a également une incidence sur la nature de ces opérations. En effet, ces dernières années ont été marquées par des concentrations de dimension internationale. On peut ainsi citer les opérations de concentration entre Vivendi/Seagram/Universal, Exxon/Mobil, Vodafone Airtouch Plc/Mannesmann AG ou encore l'opération Coca-Cola/Cadbury pour laquelle 160 États étaient concernés¹⁰⁴.

132. Le droit des concentrations pose donc également la question de savoir sur quel(s) critère(s) une autorité se fonde pour apprécier sa compétence à autoriser ou interdire une opération de concentration.

¹⁰² Souty F., « *La Cour suprême des États-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts Empagran et Intel vs AMD* », Petites affiches, 21 septembre 2004 n° 189

¹⁰³ Julie Soloway, Le point sur le droit commercial et de la concurrence en matière internationale, <http://www.cba.org/ABC/>

¹⁰⁴ Idot L., « *Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence* », Revue Internationale de Droit Economique, n°2002/2, p. 175



133. En droit américain l'approche est la même qu'en droit antitrust. En effet, la section 7 du Clayton Act interdit les fusions/acquisitions lorsque celles-ci ont *pour effet* de restreindre la concurrence ou de créer une situation de position dominante.

134. La question que l'on peut donc se poser est de savoir si, en droit communautaire, la position des juridictions est la même en droit des concentrations qu'en droit des ententes.

135. Dans l'Union européenne, le contrôle des concentrations s'opère conformément à un règlement, le règlement 139/2004 du 20 janvier 2004, qui fait suite au règlement 4064/89 du 21 décembre 1989. Le règlement 139/2004 définit son champ d'application dans les termes suivants « sans préjudice de l'article 4, paragraphe 5, et de l'article 22, le présent règlement s'applique à toutes les concentrations de dimension communautaire telles qu'elles sont définies au présent article. » Cet article doit être lu conjointement avec le considérant 10 du règlement actuel, qui prévoit qu' « une concentration est réputée de dimension communautaire lorsque le chiffre d'affaires total des entreprises concernées dépasse les seuils donnés; tel est le cas, que les entreprises qui réalisent la concentration aient ou non leur siège ou leurs principaux domaines d'activité dans la Communauté, pour autant qu'elles y déploient des activités substantielles »¹⁰⁵. Le règlement rejette donc le critère fondé sur la localisation des entreprises, à la faveur de la localisation des activités substantielles des entreprises.

136. Le Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne (TPIUE) a eu l'occasion d'interpréter le règlement et de se prononcer sur la question du critère de rattachement fondant la compétence communautaire, dans l'arrêt *Gencor*, le 25 mars 1999.

137. En l'espèce une société de droit sud-africain, Gencor, et une société de droit anglais, Lonrho, actives dans le secteur minier et de la métallurgie ont notifié à la Commission européenne une opération de concentration se déroulant en deux étapes. Dans un premier temps, les sociétés Gencor et Lonrho prévoyaient de prendre le contrôle en commun de la société Implants, société de droit sud-africain regroupant les activités de Gencor dans le secteur des platinoïdes. Puis, dans un second temps, la société Implants devait obtenir le contrôle exclusif des sociétés Eastplats et Westplats (connues sous le nom de Lonrho Platinum Division), sociétés de droit sud-africain regroupant les activités de Lonrho dans le secteur des platinoïdes. L'autorité de la concurrence sud-africaine a autorisé cette opération de concentration. Toutefois, au titre des conditions suspensives de l'accord-cadre visant la mise en commun de leurs activités, les sociétés devaient notifier leur opération de

¹⁰⁵ Considérant 11 de l'ancien règlement



concentration auprès de la Commission européenne, ce qui fut fait le 17 novembre 1995. Le 8 décembre de la même année, la Commission a ordonné le sursis à statuer de l'opération notifiée, avant de considérer, le 20 décembre qu'il existait des doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération avec le marché commun, puis de déclarer incompatible l'opération le 24 avril 1996. La société Gencor a introduit un recours en annulation devant le TPICE, arguant notamment de l'incompétence de la Commission pour connaître de l'opération de concentration. La société Gencor faisait notamment valoir que l'opération de concentration n'avait pas été réalisée sur le territoire de la Communauté, les « activités substantielles » visées par l'opération – l'extraction et l'affinage des platinoïdes – étant localisées en Afrique du Sud.

138. Se fondant sur le champ d'application défini à l'article 1^{er} et sur le considérant 10 du règlement concentration, le TPICE va affirmer que les « activités substantielles » visées par le règlement ne se limitent pas aux activités de production mais visent également les activités de vente. Les sociétés parties à l'opération de concentration réalisant des ventes non négligeables dans la Communauté, le TPICE va considérer que l'opération de concentration relevait effectivement du règlement communautaire, et ce faisant, de la compétence de la Commission européenne.

139. Le TPICE va toutefois confronter la compétence normative ainsi affirmée de la Commission sur le fondement des activités substantielles de production déployées dans la Communauté avec le droit international. Le TPICE va alors affirmer que "lorsqu'il est prévisible qu'une opération de concentration projetée par des entreprises établies à l'extérieur de la Communauté produise *un effet immédiat et substantiel dans la Communauté*, l'application du règlement est justifiée au regard du droit international public ». Le Tribunal s'est ainsi très clairement prononcé en faveur de la théorie des effets et a confirmé la compétence de la Commission ainsi que sa décision.

140. Faut-il s'étonner du fait que la position du Tribunal de Première Instance diffère de la position de la Cour de Justice en droit des ententes ? Peut-être pas. En effet, le règlement n°139/2004 ne s'applique qu'aux opérations de concentration de dimension communautaire i.e. aux opérations satisfaisant des seuils en termes de chiffre d'affaires. L'existence de ces seuils permet d'écarter les opérations de concentrations de dimension nationale i.e. les opérations dont les effets ne seraient pas substantiels au niveau communautaire. Pour que la Commission soit compétente, les effets sur le marché intérieur doivent donc être substantiels. Ces seuils constituent ainsi une sorte de garde-fou contre les risques de dérive de la théorie des effets, tirée d'une revendication extensive de la



compétence normative de la Commission européenne, contrairement à l' « affectation du commerce entre États membres » en droit des ententes, qui ne préjuge en rien du degré d'affectation du marché (étant entendu que deux autres critères doivent être satisfaits, l'immédiateté et la prévisibilité des effets).

141. Par ailleurs, il ne faut pas occulter la dimension politique des opérations de concentration. Le rapprochement de deux entreprises de même nationalité et actives sur le même marché peut conduire à la création d'un « champion national » plus compétitif. En conséquence, admettre la seule compétence de l'autorité de la nationalité ou de la localisation de l'opération pour se prononcer sur l'opération, comporterait un risque, celui de ne pas fonder la décision exclusivement sur des considérations concurrentielles.

142. Si, en pratique, la consécration de la théorie des effets comme fondement de la compétence normative des autorités de la concurrence peut se justifier, des difficultés surgissent immédiatement. Ainsi, une opération qu'elle soit autorisée (avec ou sans engagements), ou interdite, est appréhendée dans sa globalité. En effet, la réalisation de l'opération ne peut pas être autorisée dans certains États et interdites dans d'autres, en fonction de la compatibilité de l'opération notifiée avec la législation en question. Or, si une autorité de concurrence autorise une opération de concentration alors qu'une autre l'interdit, les entreprises se trouvent face à une solution contradictoire qui ne trouve pas d'issue juridique¹⁰⁶. À l'instar du droit antitrust, les solutions ne doivent pas être recherchées à l'échelle nationale avec des méthodes unilatérales. Ces solutions comportent les mêmes inconvénients qu'en droit des ententes. Des solutions sont donc également recherchées au niveau bilatéral¹⁰⁷ ou multilatéral¹⁰⁸ afin de favoriser la coopération entre les autorités et réduire les coûts qu'implique une multiplication des notifications. À ce titre, force est de constater que si l'accord renforçant la coopération entre les États-Unis et la Communauté de 1998 exclut de son champ d'application les fusions, le droit des concentrations constitue un domaine où les États-Unis et l'Union européenne coopèrent activement¹⁰⁹. Il n'en demeure pas moins que les accords bilatéraux ou multilatéraux de coopération ne résolvent pas les problèmes issus des solutions contradictoires entre les autorités compétentes. Mme le Professeur Laurence Idot ne fait aucun doute sur le fait que

¹⁰⁶ Voir notamment : Gencor/Lonrho ; Boeing/McDonnell Douglas ; General Electric/Honeywell

¹⁰⁷ Voir notamment accord de 1991

¹⁰⁸ Voir notamment la recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions de 2005

¹⁰⁹ En 2002, 56 notifications (sur 63) de la Commission concernaient des affaires de concentration, et 27 (sur 44) pour celles des États-Unis



l'adoption d'une législation unique au niveau mondial relèverait de l'utopie¹¹⁰. En conséquence, à l'heure actuelle, la solution privilégiée dans le cadre de concentrations de dimension internationale reste la coopération bilatérale.

143. S'agissant enfin de la compétence d'exécution, Mme le Professeur Laurence Idot relève qu'elle ne pose guère de difficultés dans la pratique¹¹¹. Le contrôle étant un contrôle *a priori*, il est dans l'intérêt des sociétés de se conformer aux injonctions formulées par les autorités de la concurrence afin que leur opération de concentration soit autorisée, que ces injonctions respectent ou non le principe de territorialité formulée par la CPJI en 1927.

Conclusion

144. En conclusion, il convient de constater que, si la pratique des États concernant le(s) critère(s) fondant l'application (extra)territoriale de leur législation antitrust est bien établie, les problèmes résultant de la mise en œuvre de ces critères le sont aussi. En revanche, s'agissant des solutions apportées à ces problèmes, les États ont le choix quant aux moyens à mettre en œuvre. Sur ce dernier point, aucune solution ne permet, à l'heure actuelle, de lutter efficacement contre les inconvénients d'une application extraterritoriale du droit des ententes.

145. Il n'existe pas de solution évidente ou parfaite, et le choix du critère fondant la compétence des États ne préjuge en rien les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de ce ou ces critères. Ainsi, en droit des concentrations, le critère retenu – des effets – est un critère commun aux États-Unis et à l'Union Européenne, qui se justifie. Pourtant, dans la pratique, la mise en œuvre de ce critère a abouti à des décisions inconciliables très médiatisées.

¹¹⁰ Idot L., « *Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence* », Revue Internationale de Droit Economique, n°2002/2, p. 199

¹¹¹ Idot L., « *Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence* », Revue Internationale de Droit Economique, n°2002/2, p. 175



146. Aujourd'hui le principal enjeu ne réside donc plus dans la détermination des critères fondant la compétence extraterritoriale des États, mais dans l'existence d'une conciliation entre la sanction d'un comportement anticoncurrentiel – ayant des effets ou mis en œuvre sur le territoire de l'État concerné – avec le respect de la souveraineté des États susceptibles de subir les conséquences de cette sanction. Les réponses apportées aux difficultés nées de l'application extraterritoriale en droit des ententes passent et passeront nécessairement par une coopération entre États.



Annexe 1

Accords bilatéraux sur l'application du droit de la concurrence¹¹²

Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne concernant la coopération dans le domaine des pratiques commerciales restrictives (Bonn, 23 juin 1976).

Accord de coopération antitrust entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de l'Australie (Washington DC, 29 juin 1982).

Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République française concernant la coopération dans le domaine des pratiques commerciales restrictives (28 mai 1984).

Accord entre les Communautés européennes et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence (Washington DC, 23 septembre 1991; entré en vigueur le 10 avril 1995).

Accord de coopération et de coordination entre la Commission australienne des pratiques commerciales et la Commission néo-zélandaise du commerce (juillet 1994).

Accord entre le Gouvernement des États-Unis et le Gouvernement du Canada concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et les pratiques commerciales frauduleuses (Washington DC, 1er août 1995, et Ottawa, 3 août 1995).

Accord de coopération entre l'Office public de protection de la concurrence et des consommateurs de la République de Lituanie et l'Office antimonopole de la République de Pologne (3 janvier 1996).

Accord de coopération entre l'Office public de protection de la concurrence et des consommateurs de la République de Lituanie et la Commission ukrainienne de lutte contre les monopoles (18 février 1996).

Mémoire d'accord entre les autorités de la concurrence de la République d'Estonie, de la République de Lettonie et de la République de Lituanie (11 avril 1996).

Accord de coopération entre les autorités chargées de la concurrence de la République de Lettonie et de la République de Lituanie (11 avril 1996).

¹¹² CNUCED, Commission de l'investissement, de la technologie, et des questions financières connexes et Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, 8^{ème} session, 17 – 19 juillet 2007



Accord entre le Gouvernement de la République populaire de Chine et le Gouvernement de la Fédération de Russie concernant la coopération dans le domaine de la lutte contre la concurrence déloyale et les monopoles (25 avril 1996).

Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de L'Australie sur l'application mutuelle de la législation antitrust (27 avril 1999).

Accord entre les Communautés européennes et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence (Bruxelles et Washington DC, 4 juin 1998).

Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et l'État d'Israël concernant l'application de leur droit de la concurrence (Washington DC, 15 mars 1999).

Accord entre les Communautés européennes et le Gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence (Bonn, 17 juin 1999).

Accord entre le Gouvernement du Japon et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la coopération à la lutte contre les activités anticoncurrentielles (Washington DC, 7 octobre 1999).

Accord entre le Gouvernement de la République populaire de Chine et le Gouvernement de la République du Kazakhstan concernant la coopération dans le domaine de la lutte contre la concurrence déloyale et les monopoles (1999).

Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Japon concernant la coopération en matière d'activités anticoncurrentielles (Washington DC, 7 octobre 1999).

Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République fédérative du Brésil concernant la coopération entre leurs autorités compétentes pour l'application de leur droit de la concurrence (Washington DC, 26 octobre 1999).

Accord de coopération entre les autorités géorgiennes et roumaines de la concurrence (Tbilissi, 18 novembre 1999).

Accord de coopération et de coordination conclu entre la Commission australienne de la concurrence et de la consommation et le Conseil de la consommation de la Papouasie-Nouvelle-Guinée (26 novembre 1999).

Mémoire de coopération entre la Commission des pratiques commerciales loyales de la République de Corée et le Ministère de la Fédération de Russie chargé de la lutte contre les monopoles et du soutien à l'entreprise (Séoul, 7 décembre 1999).



Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique concernant l'application de leur droit de la concurrence (Mexico, 11 septembre 2000).

Entente de coopération entre le Commissaire de la concurrence (Canada), la Commission australienne de la concurrence et de la consommation, la Commission néo-zélandaise du commerce concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et la consommation (Wellington, octobre 2000).

Accord entre le Danemark, l'Islande et la Norvège concernant la coopération dans les affaires de concurrence (Copenhague, 16 mars 2001; entré en vigueur le 1er avril 2001).

Accord de coopération relatif à la concurrence économique conclu entre le Mexique et le Canada (Veracruz, 14 novembre 2001).

Mémorandum d'accord entre la Fiscalía Nacional Económica du Chili et le Bureau de la concurrence du Canada (17 décembre 2001).

Accord de coopération dans le domaine de la politique de la concurrence conclu entre le Gouvernement de la République fédérative du Brésil et le Gouvernement de la Fédération de Russie (2001).

Mémorandum d'accord entre la Commission du commerce des îles Fidji et la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (30 avril 2002).

Accord de coopération entre les Gouvernements de la Géorgie et de l'Ukraine dans le domaine de la politique de concurrence (Tbilissi, 16 juillet 2002).

Entente de coopération entre la Commission des relations commerciales loyales de la République de Corée et la Commission australienne de la concurrence et de la consommation concernant l'application de leurs lois sur la protection de la concurrence et des consommateurs (29 septembre 2002).

Accord entre la Communauté européenne et le Gouvernement du Japon concernant la coopération à la lutte contre les activités anticoncurrentielles (Bruxelles, 10 juillet 2003).

Mémorandum concernant la coopération dans le domaine de la politique de concurrence entre la Commission des pratiques commerciales loyales de la République de Corée, le Conseil inter-États pour la politique antimonopole des pays de la CEI, le Conseil de la concurrence de la République de Lettonie et le Conseil de la concurrence de la Roumanie (septembre 2003).

Entente de coopération entre le Commissaire de la concurrence (Canada) et le Ministre du commerce et de l'industrie de Sa Majesté ainsi que le Bureau des pratiques commerciales loyales au



Royaume-Uni concernant la mise en application de leurs lois respectives sur la concurrence et la consommation (14 octobre 2003).

Entente de coopération entre la Commission australienne de la concurrence et de la consommation, la Commission du commerce de la Nouvelle-Zélande et le Ministre du commerce et de l'industrie de Sa Majesté ainsi que le Bureau des pratiques commerciales loyales au Royaume-Uni concernant la mise en application de leurs lois respectives sur la concurrence et la consommation (16 octobre 2003).

Accord entre la Commission des pratiques commerciales loyales de la République de Corée et la Commission fédérale de la concurrence des États-Unis du Mexique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence (avril 2004).

Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Canada sur l'application des principes de courtoisie active dans la mise en œuvre de leurs lois sur la concurrence (Washington, 5 octobre 2004).

Mémoire d'accord relatif à la coopération entre la Commission des pratiques commerciales loyales de la République de Corée et la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (28 octobre 2004).

Accord entre le Gouvernement du Japon et le Gouvernement du Canada concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles (Ottawa, 6 septembre 2005, entré en vigueur le 6 octobre 2005).

Mémoire d'accord concernant la coopération entre la Commission des pratiques commerciales loyales de la République de Corée et l'Autorité turque de la concurrence (11 novembre 2005).

Entente de coopération entre la Commission des pratiques commerciales loyales de la République de Corée et le Bureau de la concurrence du Gouvernement du Canada concernant l'application de leurs lois sur la concurrence (4 mai 2006).

Mémoire d'accord concernant la coopération entre le Conseil roumain de la concurrence et l'Autorité turque de la concurrence.



Annexe 2

SUMMARY COMPARISON OF SELECTED REGIONAL APPROACHES

| | Nature of the agreement | Competition enforcement authority | Nature of competition law provisions | Criterion of application of supranational competition law provisions | Relationship national law – supranational law | Obligation of cooperation in competition matters |
|----------|--|--|---|--|---|--|
| EU | Economic and political union (Common market) | <ul style="list-style-type: none"> European Commission Court of First Instance and European Court of Justice National Competition Authorities | Substantive competition law as regards cartels, dominant positions and merger control | Trade between Member States must be affected | The supranational substantive competition law has direct effect and does not need to be incorporated into the Member States' national law to become directly applicable | Yes |
| ASEAN | Free trade agreement | <ul style="list-style-type: none"> ASEAN Commission ASEAN Secretariat National Competition Authorities | Substantive competition law as regards cartels, dominant positions and merger control | Trade between Member States must be affected | The supranational substantive competition law has direct effect and does not need to be incorporated into the Member States' national law to become directly applicable | Yes |
| EFTA/EEA | Free trade agreement | <ul style="list-style-type: none"> Alcoa Competition Network National Competition Authorities | Substantive competition law as regards cartels, dominant positions and merger control | Trade between Member States must be affected | The supranational substantive competition law has direct effect and does not need to be incorporated into the Member States' national law to become directly applicable | Only in the field of competition |

| | | | | | | |
|-----------|--|--|---|--|---|----------------------------------|
| NALTA | Free trade area | No supranational Competition Enforcement Authority | No substantive competition law | N/A | NALTA requires its Member States to lay substantive competition law | Bilateral cooperation agreements |
| APEC | Not a trade block, but rather an intergovernmental forum | No supranational Competition Enforcement Authority | No substantive competition law, but merely principles on competition law | N/A | Core competition law principles must be implemented by the Member States into their national law | Bilateral cooperation agreements |
| ESBIEA | Customs union | <ul style="list-style-type: none"> ESBIEA Commission ESBIEA Court of Justice ESBIEA Secretariat National Competition Authorities | Substantive competition law as regards cartels, dominant positions and merger control | Trade between Member States must be affected | The supranational substantive competition law has direct effect and does not need to be incorporated into the Member States' national law to become directly applicable | N/A |
| MERCO-SUR | Customs union, Common market | <ul style="list-style-type: none"> Interinstitutional Competition Enforcement Agency Enforcement by National States | Common regime of substantive competition law | N/A | The substantive competition law must be incorporated by the Member States into their national law to become directly applicable | Bilateral cooperation agreements |



Bibliographie

Traités

- Traité instaurant la Communauté européenne
- Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
- Charte des Nations Unies

Législations

- The Sherman Act
- The FTAIA 1982
- Lois de blocage
 - L. no 80-538, 16 juill. 1980, relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères,
 - Protection of Trading Interests Act, *Acts of Parliament*, 1980

Thèse

Friedel E., *L'extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la CEE*, Paris II, 1992

Colloque

Mondialisation et Droit de la concurrence : Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, sous la direction de Walid Abdelgawad, 2008

Mélanges



Dutheil de la Rochère J., « *Réflexions sur l'application extra-territoriale du droit communautaire* », Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Micher Virally, (Ed. Pedone – Paris) 1991 p 281 – 295

Publications officielles

Projet de commentaires d'éléments pour les articles d'une loi ou de lois types du 20 février 1998, secrétariat de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Rapport du Secrétariat Générale de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Commission de l'investissement, de la technologie et des questions financières connexes du 7 juin 1999

Rapport du comité de l'OCDE du droit et de la politique de la concurrence sur la courtoisie positive du 6 et 7 mai 1999

Rapport du comité de l'OCDE du droit et de la politique de la concurrence sur la courtoisie positive du 7 juin 1999 sur « l'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés »

Rapport du Conseil de la Concurrence, Études thématiques, 2001 « L'internationalisation du droit de la concurrence »

Jurisprudence

Cour Permanente de Justice Internationale

Affaire du Lotus, série A n° 10, 7 septembre 1927

Cour de Justice de l'Union Européenne

Affaire Parke-Davis, 29.02.1968, *Aff.* 24/67

Affaire Béguelin, 25.11.1971, *Aff.* 22/71

Affaire dite des Matières Colorantes, 14.07.1972, *Aff.* 48/69 à 57/69

Affaire Continental Can, 21.02.1973



Affaire Zoja, 6.03.1974

Affaire Ahlström c/Commission, Pâte de bois, 27.09.1988, *Aff. jointes 89/85 et autres*

Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne

Affaire Gencor, 25.03.1999, *Affaire T. 102/96*

Juridictions américaines

Affaire American Banana v. United Fruit 213 U.S. 347 (1909)

Affaire United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa), 148 F.2d 416 (1945)

Affaire United States vs The Watchmakers of Switzerland Information Center Inc., 133 F Supp. 40 (1963)

Affaire Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 549 F.2d 597, 606 (1976)

Affaire Mannington Mills Inc. v Congoleum Corp., 595 F.2d 1287 (1979)

Affaire Hartford Fire Insurance Co. v. California, 113 S.Ct. 2891 (1993)

Affaire Empagran S.A. (03-724) 542 U.S. 155 315 F.3d 338 (2004)

Juridictions nationales

Cour de cassation, chambre criminelle, 12 décembre 2007

Articles de Revue

Abdelgawad W., « *Jalons de l'internationalisation Du droit de la concurrence : Vers l'écllosion d'un ordre juridique Mondial de la lex economica* », 2001/2, p. 161

Arhel P., « *Approches multilatérales, régionales et bilatérales de la politique de la concurrence* », Petites affiches, 19 juillet 2006 n° 143, p. 13

Arhel P., « *Droit international de la concurrence et coopération multilatérale* », Petites affiches, 30 juin 1999 n° 129, p. 21

Barlow D., « *Première application pénale de la loi de blocage de 1968* », Revue des sociétés 2008 p. 882



Bischoff J.-M. et Kovar R., « *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté* », *Journal de Droit International* 1975, p. 675, § 8

Bonet, Blaise et Hermitte, *Note sous arrêt Pâte de Bois*, *JCP E* 1989, II, n° 15540, n° 3

Boutard-Labarde M.-Ch. et Vogel L., *Note sous arrêt Pâte de Bois*, *JCP E* 1990, II, n° 21429

Chilstein D., « *Application de la loi de blocage du 16 juillet 1980 sur la recherche de renseignements d'ordre économique* », *Revue critique de droit international privé* 2008, p. 626

Christoforou T., « *Le champ d'application territorial du droit communautaire de la concurrence : l'arrêt « Pâte de bois »* », *Revue des affaires européennes* 1990, p. 5

Daudret-John F., *Chronique sur la Politique internationale, Concurrences*, n°4, 2005

Demaret P., « *L'extra territorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ?* », *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1985, p.1

Duchemin C., « *L'essor du droit international de la concurrence* », *Revue concurrence consommation* 1995, n° 88

Eeckman P., « *L'application de l'article 85 du Traité de Rome aux ententes étrangères à la CEE mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du Marché Commun* », *Revue Critique de Droit international Public*, 1965, p. 499

Goldman B., « *Les effets juridiques extra-territoriaux de la politique de la concurrence* », *Revue du Marché Commun*, 1972, p. 612

Heinemann A., « *La nécessité d'un droit mondial de la concurrence* », *Revue Internationale de Droit Économique* — 2004 — p. 293-324

Hermitte Marie-Angèle, *Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, concurrence*, *Journal de Droit International* 1989, p. 432

Hermitte Marie Angèle, *Note sous arrêt Pâte de Bois*, *Journal de Droit International* 1989, p. 433

Idot L., « *Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence* », *Revue Internationale de Droit Economique*, n°2002/2, p. 175

Idot L., « *L'efficacité des décisions dans l'espace* », *Revue concurrence consommation* 2000, n° 118, p. 29



- Idot L., *Note sous arrêt Pâte de Bois*, Revue trimestrielle de droit européen 1989, p. 345
- Jeantet F.-Ch., « *Regard sur l'action de la CEE dans la police de la concurrence internationale* », La Semaine Juridique Edition Entreprises 1989, II, n° 15616 ;
- Klotz R., « *L'application du droit communautaire de la concurrence aux activités des entreprises dans les pays tiers* », La Semaine Juridique Edition Entreprises 1994, suppl. n° 4
- Moeschel W., « *Harmonisation ou concurrence entre les différents droits de la concurrence ?* », RTD Com. 2006 p. 37
- Renold M-A., « *Les conflits de lois en droit antitrust. Contribution à l'étude de l'application internationale de droit économique* », Revue critique de droit international privé 1992 p. 854
- Rezzouk M., « *Portée extraterritoriale du Sherman Act : perspectives après l'épilogue de l'affaire du cartel des vitamines* », Revue Internationale de Droit Economique 2007/1, 1, p. 69-90.
- Rezzouk M., « *Cartels globaux, riposte américaine. L'ère Empagran* », Revue Internationale de Droit Economique, 2005/1, p. 51- 90
- Stern B., « *L'extra-territorialité « revisitée » où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres...* », Annuaire français de droit international, Année 1992, Volume 38, p. 239
- Stern B., « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », Annuaire français de droit international, Année 1986, Volume 32, p. 7
- Souty F., « *La Cour suprême des États-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts Empagran et Intel vs AMD* », Petites affiches, 21 septembre 2004 n° 189, p. 3
- Stoufflet J., « *La compétence extraterritoriale du droit de la concurrence de la Communauté Économique européenne* », Journal de Droit International, 1971, p. 487

Autres documents

Conclusion de l'Avocat Général Darmon sous l'arrêt Pâte de bois

Opinion dissidente : Affaire du Lotus

- Loder



- Weiss

Opinion dissidente : Barcelona Traction

- Fitzmaurice

Fascicules Lexis Nexis

- Plaidy C. « *Internationalisation du droit de la concurrence* », Jurisclasseur concurrence – consommation, 2004, fasc. 52

Répertoires Dalloz

- Friedel E., « *Pratiques restrictives de concurrence* », Répertoire *Dalloz* de droit international, Mai 1999
- Poillot-Peruzzetto S. et Kovar R., « *Politique de Concurrence* », répertoire de droit communautaire Dalloz, Août 2005



Table des matières

| | |
|--|----|
| Résumé..... | 2 |
| Sommaire..... | 3 |
| Liste des abréviations..... | 4 |
| Introduction..... | 5 |
| 1. LA REVENDICATION DE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE DES ÉTATS-UNIS ET DE L'UNION EUROPÉENNE EST-ELLE CONFORME AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ?..... | 12 |
| a. Compétence normative extraterritoriale et droit international public..... | 12 |
| b. Le critère d'application développé en jurisprudence..... | 15 |
| i. <i>Aux États-Unis</i> | 15 |
| - Le développement d'un principe de territorialité stricte..... | 15 |
| - Le développement d'une approche fondée sur les effets..... | 16 |
| ii. <i>Dans l'Union européenne</i> | 20 |
| - Le développement d'une approche fondée sur l'unité économique de l'entreprise..... | 20 |
| - Le développement d'une approche fondée sur les effets ?..... | 21 |
| 2. LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ADMET-T-IL L'EXISTENCE D'UNE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE D'EXÉCUTION ?..... | 25 |
| 3. QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DE L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DROIT DES ENTENTES ?..... | 28 |
| a. La prolifération des conflits de compétence en droit des ententes..... | 29 |
| b. Le principe non bis in idem..... | 31 |
| 4. DES ALTERNATIVES À L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DROIT DES ENTENTES SONT-ELLES POSSIBLES ?..... | 32 |
| a. Solutions apportées aux conflits de compétence..... | 32 |
| b. Solutions apportées à l'application extraterritoriale du droit des ententes : l'élaboration d'un droit de la concurrence uniforme..... | 39 |
| 5. VERS L'ADMISSION D'UN DROIT À RÉPARATION EXTRATERRITORIAL ?..... | 44 |
| 6. EXISTE-T-IL UN CRITÈRE D'APPLICATION EXTRATERRITORIALE EN DROIT DES CONCENTRATIONS ?..... | 46 |
| Bibliographie..... | 57 |
| Table des matières..... | 63 |

