



**Conférence
des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.3
7 mai 2007

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières connexes
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence
Genève, 17-19 juillet 2007
Point 3 i) de l'ordre du jour provisoire

**MOYENS DE RENDRE APPLICABLES, POUR LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT,
D'ÉVENTUELS ACCORDS INTERNATIONAUX SUR LA CONCURRENCE,
NOTAMMENT PAR L'OCTROI D'UN TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL OU
DIFFÉRENCIÉ POUR LEUR PERMETTRE D'ADOPTER ET DE METTRE EN
ŒUVRE UN DROIT ET UNE POLITIQUE DE LA CONCURRENCE COMPATIBLES
AVEC LEUR NIVEAU DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE**

Résumé

L'étude de certains instruments internationaux et de certaines affaires touchant le point à l'examen fait ressortir les questions suivantes: contributions relatives des accords contraignants, de la coopération informelle et des efforts nationaux d'application du droit de la concurrence (étayés par une assistance technique) à la solution des difficultés de mise en œuvre auxquelles se heurtent les pays en développement lorsque les pratiques commerciales restrictives comportent des éléments internationaux; types de dispositions à inclure dans de tels accords internationaux – engagements de fond relatifs à la teneur ou à l'application des lois nationales, ou formes plus poussées de coopération sur le plan de la procédure – qui pourraient favoriser l'application du droit de la concurrence dans des affaires internationales, et assistance technique aux fins de l'application des dispositions de ce droit; comment maximiser l'incitation pour les pays les plus avancés à coopérer dans ce domaine et réduire au minimum, grâce à la collaboration internationale, les effets de dissuasion que risquent d'entraîner les contraintes de confidentialité visant à sauvegarder les programmes nationaux de clémence; application du droit

de la concurrence aux pratiques commerciales restrictives dont les effets se font sentir sur des marchés étrangers (en particulier lorsqu'il y a des liens entre les effets sur les marchés étrangers et sur les marchés nationaux); traitement spécial ou différencié accordé aux pays en développement; moyens de renforcer la coopération entre pays en développement; dommage causé par les ententes à l'exportation et les ententes internationales; compatibilité des dispositions relatives à la concurrence dans les accords de coopération et les accords commerciaux régionaux avec les besoins et capacités des pays en développement; exemples de coopération efficace dans ce domaine; liens de la politique de concurrence avec le commerce, l'investissement, les industries naissantes, la politique industrielle et la réglementation; possibilités de coopération entre les autorités chargées de la concurrence et les autorités chargées des questions commerciales dans les cas de fusions internationales; et coordination accrue entre différentes institutions internationales. Les gouvernements pourraient examiner ces points dans le cadre de la cinquième Conférence de révision lorsqu'ils rechercheront les moyens de rendre applicables aux pays en développement d'éventuels accords bilatéraux, régionaux, plurilatéraux ou multilatéraux relatifs à la concurrence. Cet examen pourrait prendre en considération les dispositions pertinentes de l'Ensemble de principes et de règles, le Consensus de São Paulo et les accords de l'OMC. Ces travaux pourraient contribuer à la poursuite de l'élaboration et de la présentation par la CNUCED de types de dispositions communes qui devraient figurer dans les accords de coopération internationaux, en particulier bilatéraux et régionaux, concernant la politique de la concurrence et sur leur application, ainsi qu'à améliorer la cohérence et la coordination entre différentes formes ou différents niveaux de la coopération internationale en ce domaine. L'idée d'un éventuel cadre multilatéral relatif à la concurrence, envisagé naguère dans le cadre de l'OMC, n'est pas examinée ici.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
INTRODUCTION	4
I. RÈGLES INTERNATIONALES EN RAPPORT AVEC LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ET LE DÉVELOPPEMENT	5
A. L'Accord de coopération Brésil-États-Unis en matière d'application des lois ...	5
B. Accords commerciaux régionaux	6
C. Instruments de l'OCDE, de l'ICN et de l'OMC	9
II. AFFAIRES AYANT DES INCIDENCES SUR LE PLAN INTERNATIONAL ET DU POINT DE VUE DU DÉVELOPPEMENT	11
A. Affaires en rapport avec des ententes internationales	11
B. Affaires examinées dans le cadre de l'ALENA ou de l'OMC	13
III. INCIDENCES ET QUESTIONS À EXAMINER	16
A. Méthodes d'approche communes et différences	16
B. Coopération à propos d'affaires données, confidentialité et clémence	17
C. Questions à examiner	21

INTRODUCTION

1. À sa cinquième session (du 2 au 4 juillet 2003), le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a demandé au secrétariat de la CNUCED d'établir pour sa sixième session «des études sur les conséquences pour les objectifs de développement des pays en développement et des pays les moins avancés d'un renforcement de la coopération multilatérale en matière de politique de concurrence, en particulier ... b) un rapport sur la façon d'appliquer d'éventuels accords internationaux sur la concurrence aux pays en développement, notamment par l'octroi d'un régime préférentiel ou différencié pour leur permettre d'adopter et de mettre en œuvre un droit et une politique de la concurrence compatibles avec leur niveau de développement économique»¹. Ce rapport (TD/B/COM.2/CLP/46) a été dûment soumis à la sixième session du Groupe d'experts qui, dans ses conclusions concertées, a prié le secrétariat de réviser/actualiser le rapport à la lumière des observations qui avaient été formulées par les États membres à cette session ou qui seraient communiquées par écrit avant le 31 janvier 2005, afin de les soumettre à la cinquième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives². La Conférence de révision a pris note avec satisfaction de la documentation établie par le secrétariat de la CNUCED pour la Conférence, et a prié le secrétariat de réviser des documents, en particulier celui publié sous la cote TD/RBP/CONF.6/9, à la lumière des observations qui avaient été présentées par des États membres à la Conférence ou qui lui seraient communiquées par écrit d'ici au 31 janvier 2006, afin de les soumettre au Groupe intergouvernemental d'experts à sa session suivante³. Une version révisée du rapport a donc été établie pour la septième session du Groupe d'experts (31 octobre-2 novembre 2006), lequel a prié le secrétariat de la CNUCED de réviser/actualiser les documents à la lumière des observations qui avaient été formulées par les États membres à la septième session ou qui seraient communiquées par écrit avant le 31 janvier 2007, afin de les lui soumettre à sa huitième session⁴. Le présent rapport, établi comme suite à cette demande, repose sur une approche empirique et passe en revue certains instruments internationaux (première partie) et certaines affaires (deuxième partie) relevant de ce domaine, en mettant l'accent sur les aspects intéressant les pays en développement. La troisième partie est consacrée à certaines conséquences et certaines questions que les gouvernements pourraient souhaiter étudier lors de l'examen des points pertinents concernant d'éventuels accords relatifs à la concurrence aux niveaux bilatéral, régional, plurilatéral ou multilatéral. Les adjonctions au texte de la version précédente sont indiquées en caractères gras. Le présent rapport révisé est à lire en parallèle avec trois autres rapports du secrétariat de la CNUCED, dont le premier a été révisé pour la huitième session du Groupe d'experts, à savoir: «L'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés» (TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5); «Le rôle de différents mécanismes possibles de règlement des différends ou d'autres formules envisageables, comme l'examen collégial librement consenti, dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence» (TD/B/COM.2/CLP/37/Rev.3); et «Différents types de dispositions communes aux accords de coopération internationaux, en particulier bilatéraux et régionaux, relatifs à la politique de concurrence et leur application» (TD/RBP/CONF.6/3). À noter que deux ouvrages de la CNUCED présentent beaucoup d'intérêt pour le présent rapport, l'un sur le commerce et la concurrence au niveau régional (*Trade and Competition Issues: Experiences at Regional Level*), en particulier l'article qu'il contient sur le traitement spécial et différencié en ce domaine⁵, l'autre sur la mise en œuvre des dispositions relatives à la concurrence dans les accords commerciaux régionaux et les gains pour le développement qui peuvent en découler (*Implementing Competition-Related Provisions in*

Regional Trading Agreements: Is it possible to obtain development gains?, UNCTAD/DITC/CLP/2006/4).

2. Comme la plupart des instruments et des affaires évoqués dans le présent document ont été mentionnés dans ces rapports ou d'autres rapports antérieurs de la CNUCED⁶ ou dans d'autres documents cités, les références complètes ne sont pas données, sauf pour certaines affaires nouvelles. Le rapport ne traite pas des accords commerciaux régionaux conclus exclusivement entre pays en développement, pas plus qu'il ne procède à un examen général des dispositions de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives⁷. Au chapitre 3 cependant, dans la partie traitant des points méritant un examen, il est fait référence à des accords entre pays en développement et à certaines des dispositions de l'Ensemble. Le rapport laisse de côté l'idée d'un éventuel cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC, qui avait été naguère examinée par le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence. En effet, aux termes de la décision du Conseil général de l'OMC de juillet 2004, il a été convenu que l'interaction du commerce et de la concurrence ne ferait pas partie du Programme de travail énoncé dans la Déclaration de Doha et qu'il n'y aurait donc pas de travaux en vue de négociations sur ces questions dans le cadre de l'OMC pendant le Cycle de Doha. Mais cela n'exclut pas quelques références à des informations ou vues pertinentes figurant dans la documentation dudit Groupe de travail. Dans tout le texte du rapport, les expressions «pratiques commerciales restrictives» et «pratiques anticoncurrentielles» sont utilisées comme synonymes.

I. RÈGLES INTERNATIONALES EN RAPPORT AVEC LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ET LE DÉVELOPPEMENT

A. L'Accord de coopération Brésil-États-Unis en matière d'application des lois

3. Un trait frappant de nombre d'instruments internationaux traitant de la politique de concurrence est une certaine «souplesse», du fait que ces instruments n'ont pas de caractère obligatoire, que leurs dispositions laissent une large marge d'interprétation quant à la voie à suivre, et/ou que le règlement des différends est exclu de leur champ d'application. Les accords de coopération en matière d'application de la loi ont un caractère obligatoire, mais leurs dispositions sont souvent libellées en termes vagues et soumises à des conditions. Jusqu'ici, un seul accord de ce type a été conclu entre un pays développé et un pays en développement (États-Unis et Brésil). Il reprend les dispositions types que l'on retrouve dans la plupart des accords de coopération en la matière, avec des variantes mineures: notification des changements apportés à la loi applicable ou de mesures d'exécution particulières ayant une incidence pour l'autre partie (disposition qui, en l'espèce, est obligatoire sauf dans les cas où des informations confidentielles sont en jeu); engagement de prendre dûment en considération les intérêts importants de chacune des parties à l'occasion d'enquêtes ou de l'application de sanctions contre des pratiques anticoncurrentielles (courtoisie passive); consultations concernant toute question qui se poserait au sujet de l'accord; mise en commun d'informations non confidentielles afin de faciliter l'application effective du droit de la concurrence et de favoriser une meilleure compréhension des politiques et activités de chacune des parties en la matière, dans toute la mesure compatible avec la législation et les intérêts de chacune d'entre elles et dans la limite des ressources raisonnablement disponibles; possibilité d'actions coordonnées contre des pratiques anticoncurrentielles constatées dans les deux pays; et respect de la confidentialité des informations sensibles fournies par l'autre partie. Cet accord renferme aussi une clause de

«courtoisie active» que l'on rencontre dans certains accords modernes, en vertu de laquelle les autorités chargées de la concurrence de chaque partie doivent prendre dûment en considération les demandes de l'autre partie tendant à engager une action répressive contre des pratiques anticoncurrentielles sur le territoire du pays sollicité, qui contreviennent à la législation de celui-ci et portent atteinte à des intérêts importants du pays demandeur. Mais cette clause de «courtoisie active» ne limite pas la faculté, pour les autorités de la concurrence du pays sollicité, de ne pas engager d'action. Elle n'interdit pas non plus aux autorités compétentes du pays demandeur de faire appliquer sa propre législation (bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'il y ait eu infraction à la législation nationale pour que le pays demandeur puisse présenter une demande)⁸. L'accord Brésil-États-Unis prévoit en outre une collaboration dans les activités de coopération technique.

4. Par contre, cet accord ne contient pas de dispositions prévoyant la possibilité d'un échange d'informations confidentielles, faisant l'objet de restrictions quant à leur utilisation ou divulgation, dispositions qui figurent dans certains accords modernes. (Il convient néanmoins de noter que le traité d'entraide judiciaire conclu entre les États-Unis et le Brésil autorise l'entraide et l'échange d'informations confidentielles en matière pénale. Les traités d'entraide judiciaire ont été utilisés comme un mécanisme de coopération dans les enquêtes sur les ententes.) L'accord Brésil-États-Unis ne renferme pas non plus deux autres types de clauses qui figurent, par exemple, dans l'Accord de coopération en matière d'application de la loi conclu entre l'Australie et les États-Unis: l'obligation de notifier (dans la mesure compatible avec la législation, la politique d'application et d'autres intérêts importants) des informations sur des activités apparaissant comme anticoncurrentielles qui pourraient intéresser les autorités compétentes de l'autre partie ou autoriser le déclenchement d'une action répressive de leur part, même en l'absence d'une violation de la législation relative à la concurrence de la partie auteur de la notification ou de mesures de coercition prises en vertu de cette législation; la possibilité d'échanger des informations confidentielles; et la possibilité d'une assistance en matière d'investigation, faisant intervenir le recours à des moyens contraignants en vertu de la législation d'un des pays aux fins d'obtenir des informations à la demande de l'autre pays dont des intérêts nationaux importants sont lésés par un comportement anticoncurrentiel dans le pays sollicité, même si ce comportement n'est pas illicite au regard de la législation de ce dernier pays.

B. Accords commerciaux régionaux

5. De nombreux accords de libre-échange, de partenariat économique, ou instituant une union douanière ou un marché commun ou unique (ci-après collectivement dénommés «accords commerciaux régionaux») comportent des dispositions régissant les procédures de coopération dans les affaires de concurrence, analogues à celles que renferment les accords de coopération en matière d'application de la loi, mais qui sont souvent de moindre portée ou moins détaillées. De ce fait, ces accords prévoient souvent la publication de règlements ou de décisions relatifs à la coopération ou peuvent être complétés par des accords de coopération en matière d'application de la loi entre les parties. À la différence de ces derniers, les accords commerciaux régionaux énoncent souvent des règles de fond en matière de concurrence. Ces règles sont très variables du point de vue de leur portée, de leur champ d'application et de leur degré de détail. Certains accords prévoient l'obligation générale d'agir contre les comportements anticoncurrentiels, d'autres prescrivent des normes et des règles précises et quelques-uns exigent des dispositions législatives et des procédures communes. Dans certains d'entre eux, l'applicabilité, la teneur et/ou la mise en œuvre effective des règles relatives à la concurrence ne sont obligatoires que

pour les pratiques commerciales restrictives portant atteinte au commerce entre les parties, alors que d'autres énoncent des prescriptions de portée générale.

6. L'ALENA et l'Accord commercial bilatéral entre le Canada et le Costa Rica comportent tous deux des dispositions aux termes desquelles chaque partie doit adapter ou maintenir des mesures interdisant, respectivement, les «comportements commerciaux anticoncurrentiels» ou les «activités anticoncurrentielles» et prendre les mesures d'exécution voulues à cette fin. Mais l'Accord entre le Canada et le Costa Rica définit en outre les «activités anticoncurrentielles» comme s'entendant de toute conduite ou opération pouvant faire l'objet de sanctions ou d'autres mesures correctives en vertu des lois sur la concurrence de chacune des parties, ainsi que de tout amendement de ces dispositions et d'autres mesures législatives que les parties pourraient d'un commun accord tenir pour applicables. Ces «activités anticoncurrentielles» comprennent, entre autres, les ententes, les abus de position dominante et les fusions entraînant des effets anticoncurrentiels importants, à moins que ces faits ne soient exclus, directement ou indirectement, du champ d'application de la législation d'une partie ou autorisés par cette législation. Mais l'Accord dispose que ces exclusions et autorisations doivent être transparentes et doivent faire l'objet d'un examen périodique par chaque partie pour déterminer si elles sont nécessaires à la réalisation des objectifs généraux poursuivis. D'autres dispositions portent sur les points suivants: création ou maintien en existence par chaque partie d'une autorité impartiale chargée de la concurrence, compétente pour prendre les mesures d'exécution voulues et recommander des mesures et des dispositions législatives propres à favoriser la concurrence hors de toute ingérence politique; transparence (publication ou libre disponibilité des textes législatifs, procédures, pratiques ou décisions administratives d'application générale, et notification à l'autre partie des modifications dont ceux-ci pourraient faire l'objet); non-discrimination (en ce qui concerne tant les mesures interdisant les activités anticoncurrentielles que les mesures d'exécution); équité de la procédure (procédures judiciaires et quasi judiciaires justes et équitables et prévoyant une possibilité d'appel ou de révision); et assistance technique. Pour ce qui est de la coopération en matière de procédures d'exécution, l'Accord prévoit la notification obligatoire des mesures d'exécution susceptibles d'avoir une incidence sur les intérêts importants de l'autre partie (sauf dans les cas où cela irait à l'encontre de règles de confidentialité ou risquerait de porter atteinte à des intérêts importants) et formule des critères détaillés selon lesquels déterminer la teneur de la notification; il comporte également des dispositions concernant les consultations et la courtoisie passive. Il est également prévu que les parties puissent conclure des accords ou arrangements supplémentaires de coopération ou d'entraide judiciaire. Cet accord (comme l'ALENA, ainsi que les accords de libre-échange Canada-Chili et Union européenne-Chili) exclut les différends relatifs à la politique de concurrence de l'application des procédures de règlement des différends. Dans le cadre du Groupe de négociation sur la politique de concurrence de la zone de libre-échange des Amériques, la Trinité-et-Tobago souhaite qu'un traitement spécial et différencié soit prévu dans le premier niveau de l'accord, afin que les petits pays puissent adopter les dispositions relatives à la politique de concurrence de manière souple et progressive; et que les «dispositions transitoires» soient une partie et non la totalité du traitement spécial et différencié⁹.

7. Pratiquement tous les accords commerciaux régionaux conclus par l'Union européenne renferment des dispositions relatives à la politique de concurrence, mais la nature et la portée de ces dispositions varient. Tous les accords euroméditerranéens disposent que certaines pratiques (décrites en des termes à peu près similaires à ceux du Traité de Rome) sont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord dès lors qu'elles sont susceptibles d'avoir une incidence sur

le commerce entre l'Union européenne et l'autre partie¹⁰. Certains de ces accords indiquent expressément que ces pratiques devront être appréciées en fonction des critères découlant des articles 81 et 82 du Traité de Rome. Mais d'autres renferment seulement une déclaration de l'Union européenne indiquant que celle-ci appliquera ces critères en attendant l'adoption de règles d'application par les conseils d'association qui doivent être créés en vertu desdits accords. La coopération en matière d'application de la loi est limitée à l'échange d'informations non confidentielles (sans que rien n'indique ce qui peut donner lieu à un tel échange). Cependant, les dispositions de ces accords concernant la politique de la concurrence (comme celles de la plupart des autres accords commerciaux régionaux examinés plus loin) n'ont pas encore été précisées par des décisions des conseils créés pour les administrer.

8. Comme les accords euroméditerranéens, l'accord entre l'Union européenne et l'Afrique du Sud ne s'applique qu'aux pratiques commerciales restrictives susceptibles d'influer sur le commerce entre les parties. Mais il s'en distingue par le choix de critères qui diffèrent de ceux prévus par les règles de la concurrence de l'UE (et qui se rapprochent de ceux prévus par la législation sud-africaine sur la concurrence) pour caractériser ces pratiques commerciales restrictives, et par la mention expresse d'un lien avec le territoire des parties. Ainsi, les articles 35 et 36 de l'accord prévoient le contrôle des décisions horizontales et/ou pratiques concertées, ainsi que des accords verticaux qui ont pour effet d'empêcher ou de restreindre de manière notable le jeu de la concurrence sur le territoire de l'Union européenne ou de l'Afrique du Sud (sauf si les entreprises peuvent démontrer que les effets favorables au jeu de la concurrence l'emportent sur les effets anticoncurrentiels), ainsi que le contrôle de l'abus de puissance commerciale dans l'ensemble ou dans une partie importante du territoire de l'une ou l'autre partie. D'autres dispositions prévoient des consultations obligatoires sur demande, des échanges d'informations non confidentielles, la fourniture d'une assistance technique et l'application de la courtoisie passive et active; il n'y a pas d'obligation expresse de notifier les mesures d'exécution.

9. L'Accord de Cotonou avec les États ACP procède d'une approche toute différente. Sa portée n'est pas limitée aux pratiques commerciales restrictives affectant les échanges entre les parties. Pour assurer l'élimination des distorsions de concurrence, compte dûment tenu des différents niveaux de développement et des besoins économiques de chaque pays ACP, les parties s'engagent à mettre en œuvre des règles et des politiques nationales ou régionales prévoyant la surveillance et l'éventuelle interdiction d'accords entre entreprises, de décisions et de pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, et à interdire l'abus de position dominante sur le marché de l'Union européenne et sur le territoire des États ACP. Les parties acceptent également de renforcer la coopération dans ce domaine en vue de formuler et de soutenir, avec les organismes compétents en la matière, des politiques de concurrence efficaces assurant progressivement une application effective des règles de concurrence à la fois par les entreprises privées et par les entreprises d'État. Cette coopération doit notamment comprendre une aide à l'établissement d'un cadre juridique approprié et à sa mise en œuvre administrative en prenant particulièrement en considération la situation des États ACP les moins avancés. Il n'est pas fait expressément référence à la coopération pour le traitement d'affaires particulières.

10. L'Accord commercial régional entre l'Union européenne et le Mexique (complété par une Décision concertée du Conseil) présente une autre originalité par rapport à l'Accord de Cotonou. Il n'est pas prévu de rapprochement des dispositions de fond. Par contre, les parties s'engagent à appliquer leurs lois sur la concurrence respectives afin d'éviter notamment des effets défavorables sur le développement commercial et économique, ainsi que l'éventuelle incidence négative que des activités anticoncurrentielles menées dans une partie peuvent entraîner pour les intérêts de l'autre partie. Toutefois, la Décision contient des dispositions de très vaste portée relatives à la coopération en matière d'application; par exemple, la notification des activités de mise en œuvre est en principe obligatoire, bien que la liste des actes devant faire l'objet d'une notification soit plus restreinte que dans les accords commerciaux régionaux ou les accords de coopération en matière d'application conclus par le Canada et par les États-Unis.

C. Instruments de l'OCDE, de l'ICN et de l'OMC

11. La Recommandation de l'OCDE relative aux ententes injustifiables dispose que les pays membres doivent faire en sorte que leur législation en matière de concurrence mette fin aux ententes injustifiables et ait un effet dissuasif à leur égard, en particulier en prévoyant des sanctions efficaces, des procédures et des instances d'exécution dotées de pouvoirs suffisants. Elle encourage en outre la coopération et la courtoisie internationale pour l'application des lois interdisant les ententes injustifiables, préconisant certains principes et certaines pratiques à cette fin. La définition des ententes injustifiables exclut les accords, pratiques concertées ou arrangements qui «i) sont raisonnablement liés à la réalisation licite d'éléments d'efficacité par réduction des coûts ou accroissement de la production, ii) sont exclus, directement ou indirectement, du champ d'application des législations de la concurrence d'un pays membre, ou iii) sont autorisés conformément à ces législations» (par. 2 b)). Il est toutefois précisé que toute exclusion ou autorisation de ce qui pourrait constituer une entente injustifiable doit se faire dans la transparence et être réexaminée périodiquement afin de déterminer si elle est nécessaire et ne va pas au-delà de ce qui est indispensable pour réaliser ses objectifs primordiaux. Les pays membres devront notifier chaque année à l'OCDE l'adoption ou la prorogation de telles exclusions ou catégories d'autorisation. Les pays non membres sont invités à souscrire à cette recommandation.

12. Les membres du Réseau international de la concurrence (ICN) ont notamment approuvé les Principes directeurs et pratiques recommandées pour la notification et l'examen des fusions. Les travaux sur la lutte contre les ententes ne sont pas très avancés, mais un groupe de travail a été chargé d'étudier cette question. Ce groupe piloterait deux sous-groupes: le premier aurait pour tâche d'élaborer des principes directeurs et/ou des pratiques recommandées sur la transparence, la non-discrimination, la régularité des procédures, l'efficacité des moyens et instances d'exécution, et la coopération internationale en matière de lutte contre les ententes; le second d'aider les autorités chargées de la concurrence à améliorer leur technique de mise en application des lois. Les textes adoptés par l'ICN ne sont pas contraignants, mais contribuent à améliorer la coopération et la convergence par la mise au point et l'échange de meilleures pratiques internationales.

13. Les accords de l'OMC renferment un certain nombre de dispositions générales présentant un intérêt potentiel du point de vue de la politique de concurrence, ainsi que plusieurs dispositions traitant expressément de questions relatives à la politique de concurrence et à des questions connexes¹¹. Parmi les dispositions présentant un intérêt potentiel, on peut mentionner

celles qui se rapportent au traitement spécial et différencié. Le secrétariat de l'OMC en a établi une liste qui compte 145 entrées, réparties sous cinq grandes rubriques: a) dispositions visant à accroître les possibilités commerciales par le biais de l'accès aux marchés; b) dispositions imposant aux membres de l'OMC de protéger les intérêts des pays en développement; c) dispositions ménageant une plus grande souplesse pour la mise en œuvre des engagements; d) dispositions autorisant des périodes de transition plus longues; et e) dispositions relatives à l'octroi d'une assistance technique. À l'intérieur de ces cinq rubriques, des dispositions supplémentaires visent spécialement les pays les moins avancés¹². Dans sa Décision du 31 juillet 2004, le Conseil général a en particulier rappelé la décision prise par les ministres à Doha de réexaminer toutes les dispositions relatives au traitement spécial et différencié en vue de les renforcer et de les rendre plus précises, plus effectives et plus opérationnelles¹³.

14. Plusieurs dispositions des accords de l'OMC traitent expressément de la politique de concurrence, comme celles que l'on trouve dans l'Accord sur les ADPIC ou l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI (Accord antidumping). L'analyse qui suit s'appuie sur le Document de référence de 1996 sur les principes réglementaires favorisant la concurrence tels qu'ils ont été interprétés dans l'affaire *Telmex*, exposée ci-après. Ce texte énonce les principes régissant le cadre réglementaire des services de télécommunication de base et a été inclus par certains membres dans leur liste d'engagements au titre de l'AGCS. Ces membres s'y engagent à appliquer des mesures appropriées en vue d'empêcher des fournisseurs qui, seuls ou ensemble, constituent un «fournisseur principal» d'adopter ou de maintenir des pratiques anticoncurrentielles. Ils s'engagent aussi à veiller à ce que les fournisseurs assurent une interconnexion à leurs réseaux intégrés à des conditions généralement non discriminatoires. Un «fournisseur principal» est défini comme celui qui «a la capacité d'influer de manière importante sur les modalités de la participation (en ce qui concerne le prix et l'offre) sur un marché donné de services de télécommunication de base par suite: a) du contrôle qu'il exerce sur des installations essentielles; ou b) de l'utilisation de sa position sur le marché». L'expression «installations essentielles» s'entend des «installations d'un réseau ou service public de transport des télécommunications: a) qui sont fournies exclusivement ou essentiellement par un seul fournisseur ou un nombre limité de fournisseurs; et b) qu'il n'est pas possible de remplacer d'un point de vue économique ou technique pour fournir un service». Les «pratiques anticoncurrentielles» consistent en particulier à «pratiquer un subventionnement croisé anticoncurrentiel», à «utiliser des renseignements obtenus auprès de concurrents d'une manière qui donne des résultats anticoncurrentiels» et à «ne pas mettre à la disposition des autres fournisseurs de services en temps opportun les renseignements techniques sur les installations essentielles et les renseignements commercialement pertinents qui leur sont nécessaires pour fournir des services».

II. AFFAIRES AYANT DES INCIDENCES SUR LE PLAN INTERNATIONAL ET DU POINT DE VUE DU DÉVELOPPEMENT

A. Affaires en rapport avec des ententes internationales *

15. Les affaires décrites ci-après touchent toutes aux aspects internationaux de la politique de concurrence et/ou à l'application de certains des instruments examinés dans la première partie; elles concernent aussi directement les pays en développement ou soulèvent des questions présentant de l'intérêt pour eux¹⁴. Parmi les principales affaires en rapport avec des ententes internationales qui ont été portées devant les tribunaux, ces dernières années, par les autorités chargées de la concurrence, trois en particulier se distinguent parce qu'elles soulèvent des questions de coopération internationale: elles portaient sur les ententes concernant les *électrodes en graphite*, la *lysine*, et les *vitamines*. Ces trois ententes ont été découvertes, poursuivies et sanctionnées par le Département de la justice des États-Unis, suite en partie – dans les affaires des *électrodes en graphite* et des *vitamines* – à des informations communiquées dans le cadre de son programme de clémence. Par la suite, plusieurs pays ont enquêté sur ces ententes pour en rechercher les effets sur leur propre marché. Dans la République de Corée, la Commission nationale des pratiques commerciales loyales (KFTC) a ouvert une enquête sur des *électrodes en graphite* après avoir lu des informations sur ces poursuites¹⁵. Elle a d'abord essayé de demander aux entreprises soupçonnées de participer à une entente de lui fournir des éléments d'information à cette fin¹⁶. Toutefois, comme ces entreprises étaient établies à l'étranger et que la plupart d'entre elles n'avaient aucune présence juridique dans le pays, la KFTC n'a pas pu obtenir que ces demandes soient suivies d'effets¹⁷. Elle a alors adressé des demandes d'informations aux autorités étrangères qui avaient poursuivi l'entente¹⁸. Certaines de ces autorités ont répondu favorablement, mais les seules informations qu'elles aient fournies étaient déjà dans le domaine public¹⁹. Les informations résultant des poursuites pénales engagées aux États-Unis étaient loin d'être négligeables; selon un rapport de l'OCDE, à elles seules, elles n'étaient pas suffisantes pour permettre à la KFTC d'engager une procédure²⁰. D'après ce rapport, la KFTC a fini par réussir à imposer des sanctions à six des entreprises étrangères en jeu, mais seulement à l'issue d'une enquête qui lui a coûté énormément de temps et d'efforts²¹.

16. Dans l'affaire de la *lysine*, selon un rapport présenté par le Brésil au Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, les autorités brésiliennes ont été informées de l'enquête grâce à un exposé du Département de la justice des États-Unis pendant un séminaire. Toutefois, d'après ce rapport, c'est seulement lorsque l'affaire a été portée devant les tribunaux et que les documents disponibles ont été rendus publics qu'elles ont pu se faire communiquer par le Département de la justice les comptes rendus *in extenso* des réunions de l'entente, dont il ressortait que l'Amérique latine et le Brésil étaient inclus dans la répartition du marché mondial établie par elle. Cela a

* Le Gouvernement des États-Unis a demandé, concernant la version précédente du présent rapport (TD/RBP/CONF.6/9/Rev.1/TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.2), que les passages suivants de la section A soient supprimés: au paragraphe 14, le membre de phrase «à elles seules, elles n'étaient pas suffisantes pour permettre à la KFTC d'engager une procédure»; l'ensemble du paragraphe 15; au paragraphe 16, la deuxième phrase ainsi que les mots «toutefois ... certains renseignements de type général...» et «... un important “tuyau” communiqué était que le cartel des *vitamines* fonctionnait de manière très semblable au cartel de la *lysine*» dans la troisième phrase.

permis, selon le rapport susmentionné, aux autorités brésiliennes de procéder elles-mêmes à des enquêtes, puis de sanctionner l'entente²².

17. Dans l'affaire concernant les *vitamines*, d'après le même rapport du Brésil au Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, c'est après avoir lu les communiqués de presse annonçant les poursuites engagées contre cette entente aux États-Unis que les autorités brésiliennes ont commencé d'enquêter sur les filiales brésiliennes de certaines des entreprises en cause. Toutefois, selon ce rapport, les autorités brésiliennes n'ont guère obtenu de résultats, car, d'après ledit rapport, l'affaire n'ayant pas encore été jugée aux États-Unis, le Département de la justice ne pouvait, pour des raisons de confidentialité, leur communiquer de documents²³. Par la suite, toutefois, selon le même rapport, elles ont obtenu certains renseignements de type général, à titre non officiel, des autorités nord-américaines (l'accord de coopération entre le Brésil et les États-Unis n'avait pourtant pas été conclu à cette époque); d'après ce rapport, un important «tuyau» obtenu était que le cartel des *vitamines* fonctionnait de manière très semblable au cartel de la *lysine*²⁴. Selon ledit rapport, les autorités brésiliennes chargées de la concurrence devaient encore entreprendre de longues enquêtes avant de disposer de données suffisantes établissant que, conformément aux instructions reçues de leur siège social mondial, les filiales brésiliennes de ces entreprises s'étaient partagées le Brésil et le reste du marché de l'Amérique latine. Elles ont donc ordonné que les entreprises en question soient sanctionnées; toutefois, leur décision est encore examinée en appel.

18. Une suite importante de l'affaire des *vitamines* s'est produite aux États-Unis dans la récente affaire *Empagran*, qui a bien montré la portée internationale des lois antitrust de ce pays. *F. Hoffmann-LaRoche Ltd. c. Empagran S.A.*, 124 S. Ct. 2359 (2004). En vertu de la loi Sherman, deux critères essentiels doivent être satisfaits pour déterminer la compétence dans le cas d'affaires portant sur le commerce extérieur. S'agissant des importations, la loi Sherman est applicable à un comportement à l'étranger si ce comportement visait à produire – et a bien produit – un effet substantiel aux États-Unis. *Hartford Fire Insurance Co. c. Californie*, 113 S. Ct. 2891, 2909 (1981). Concernant le commerce extérieur autre que les importations, la loi de 1982 sur l'amélioration de l'action antitrust dans le commerce extérieur (FTAIA) des États-Unis définit le domaine de compétence de la loi Sherman en posant que celle-ci n'est applicable à un comportement à l'étranger que si: 1) le comportement visé a un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible sur le commerce des États-Unis, et 2) cet effet donne lieu à un recours en vertu de la loi Sherman. L'affaire *Empagran* portait sur la FTAIA et avait pour origine les actions privées engagées par des sociétés étrangères établies en Australie, en Équateur, au Panama et en Ukraine, qui réclamaient des dommages et intérêts au triple. La question principale qui se posait au tribunal était de savoir dans quelle mesure des plaignants étrangers pouvaient invoquer la loi Sherman pour obtenir des dommages et intérêts auprès des membres d'une entente qui, dans l'ensemble, avait un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible sur le commerce des États-Unis alors que le recours ne se fondait pas sur les effets internes. Une cour d'appel s'étant prononcée en matière de compétence en un sens favorable aux plaignants, l'affaire a été portée devant la Cour suprême. Le Département de la justice et la Commission fédérale du commerce des États-Unis ont déposé un mémoire commun d'*amicus curiae* pour demander que la décision soit infirmée au motif que cette interprétation large de la FTAIA augmenterait grandement les possibilités de recours pour dommages et intérêts au triple auprès des tribunaux des États-Unis et dissuaderait les membres d'ententes internationales d'obtenir du Gouvernement des États-Unis la levée des poursuites pénales dans le cadre d'une amnistie. Cela aurait pour effet de réduire l'efficacité du programme d'action antitrust des

États-Unis. Un autre motif était que la décision de la cour d'appel porterait probablement atteinte aux relations de coopération en matière d'application de la loi que le Gouvernement des États-Unis entretenait avec les gouvernements d'autres pays. Les Gouvernements allemand, belge, britannique, canadien, irlandais, japonais et néerlandais ont aussi déposé des mémoires pour demander instamment que l'on ne permette pas que leurs ressortissants ignorent les voies de recours internes qui étaient à leur disposition, ce qui risquait de compromettre l'équilibre des considérations antagonistes que représentaient leurs législations antitrust et de compromettre leurs propres programmes d'action antitrust et d'amnistie.

19. La Cour suprême a infirmé à l'unanimité la décision de la cour d'appel, au motif que la FTAIA n'autorisait pas les recours antitrust provenant uniquement de dommages à l'étranger indépendants des effets internes du comportement anticoncurrentiel mis en cause. La Cour faisait reposer sa décision sur deux raisons principales, à savoir: l'importance d'interpréter les lois ambiguës de manière à s'abstenir de toute atteinte déraisonnable à l'autorité souveraine d'autres pays (courtoisie prescriptive); et la fidélité à l'intention du Congrès de ne pas *élargir* de manière notable la portée de la loi Sherman concernant le commerce extérieur. *Empagran*, 2366-2369. La Cour suprême a rejeté l'argument des plaignants selon lequel le fait d'autoriser des parties étrangères à recourir en justice aux États-Unis pour dommages subis à l'étranger en invoquant l'action antitrust aurait peu d'incidences pratiques sur l'application à l'étranger de la législation antitrust puisque de nombreux pays avaient adopté des législations antitrust semblables à celle en vigueur aux États-Unis. La Cour suprême a indiqué, outre qu'il subsistait d'importants sujets de désaccord entre pays quant à savoir si la législation antitrust devait s'appliquer à tel ou tel type de comportement commercial, même lorsque ces législations concordaient avec celles des États-Unis pour ce qui était d'un comportement comme la fixation de prix, il y avait des divergences très considérables quant aux mesures correctives appropriées. Elle a souligné, par ailleurs, que l'octroi de dommages et intérêts au triple pour comportement anticoncurrentiel aux États-Unis avait donné lieu à une importante controverse. La Cour suprême a aussi rejeté l'affirmation des plaignants selon laquelle leur interprétation de la FTAIA contribuerait à dissuader la formation d'ententes, tout en prenant note des arguments importants reposant sur l'expérience (fondés sur les incitations à demander à bénéficier d'une amnistie) présentés par les défendeurs, les États-Unis et les gouvernements étrangers. *Empagran*, 2372. La Cour suprême a refusé d'examiner la théorie subsidiaire des plaignants selon laquelle les dommages à l'étranger n'étaient pas indépendants et les effets internes et effets à l'étranger du comportement anticoncurrentiel étaient liés. Elle a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel. Celle-ci a estimé, comme le Département de la justice et la Commission fédérale du commerce, que le texte de la FTAIA exigeait un lien de causalité direct entre les dommages à l'étranger et les effets internes de l'entente et que les plaignants n'avaient pas présenté, à l'appui de leurs allégations, des éléments matériels qui pouvaient être utilisés pour établir un lien de causalité direct. *F. Hoffmann-LaRoche, Ltd. c. Empagran S.A.*, n° 01-7115 (D.C. Cir. 28 juin 2005). La cour d'appel a ainsi rejeté l'argument subsidiaire des plaignants et a conclu qu'elle n'était pas compétente pour examiner les recours des plaignants.

B. Affaires examinées dans le cadre de l'ALENA ou de l'OMC

20. Une décision interlocutoire récente concernant un différend entre un investisseur et un État prise par un tribunal d'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALENA a trait au statut du droit et de la politique de la concurrence et du droit international. Dans l'affaire *UPS (United Parcel Service) et Gouvernement du Canada*²⁵, le plaignant soutenait que la Société canadienne des

Postes, société à capitaux publics, s'était livrée à des pratiques anticoncurrentielles, notamment à un comportement prédateur et à un subventionnement croisé. Dans sa requête modifiée, la société UPS faisait reposer son allégation sur trois motifs, dont l'un était que le Gouvernement canadien avait manqué aux obligations résultant pour lui de l'article 1105.1 de l'ALENA²⁶ en n'accordant pas à UPS un traitement conforme au droit international, en particulier un traitement juste et équitable. Le Canada a contesté la compétence du tribunal en matière de comportement anticoncurrentiel, notamment en faisant valoir qu'il n'existait pas de principes de droit international de la concurrence et que l'article 1105.1 ne s'appliquait donc pas en l'occurrence.

21. Dans sa décision du 22 novembre 2002 quant à la compétence, le tribunal a jugé que l'article 1105.1 de l'ALENA n'imposait pas aux Parties l'obligation de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Il a conclu qu'il n'existait aucune règle de droit international coutumier interdisant ou réglementant les pratiques anticoncurrentielles. Pour ce faire, il s'est fondé sur les éléments suivants: il ressortait d'études portant sur les législations nationales en matière de concurrence que de nombreux États n'avaient pas de législation en ce domaine (seuls 13 pays sur 34 de l'hémisphère occidental et environ 80 membres de l'OMC s'étaient dotés d'une telle législation, plus de la moitié des législations en vigueur ayant été adoptées pendant les dix années précédentes), et que les législations nationales, dont celles des trois pays parties à l'ALENA (Canada, États-Unis et Mexique), présentaient des différences marquées, reflétant les caractéristiques particulières de l'environnement économique, social et politique de chacun. Le tribunal s'est aussi appuyé sur quatre autres éléments: a) rien dans les documents qui lui avaient été présentés n'indiquait que telle ou telle législation nationale en matière de concurrence avait été adoptée dans le souci de respecter une obligation juridique internationale de caractère général; b) le plaignant avait bien fait état des dispositions qui, dans les traités bilatéraux relatifs à l'investissement, prévoyaient l'octroi d'un traitement loyal et équitable, mais il n'avait pas essayé d'établir que cette pratique des États traduisait l'existence d'une obligation juridique internationale généralement reconnue, laquelle aurait dû en outre imposer précisément le contrôle des comportements anticoncurrentiels; c) les travaux relatifs aux traités multilatéraux et aux codifications démontraient l'absence de règles de droit coutumier international dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence: les membres de l'OMC commencent seulement à envisager la possibilité de négocier des règles multilatérales dans ce domaine, après avoir constaté l'absence, dans les accords de l'OMC, d'un ensemble de dispositions visant l'interdiction ou le contrôle des comportements anticoncurrentiels; et d) il n'était pas fait référence non plus à la régulation des comportements anticoncurrentiels dans les projets d'articles de la Commission du droit international de l'ONU qui traitaient du déni de justice à l'égard des étrangers ou de la responsabilité internationale des États en cas de dommages corporels causés à des étrangers.

22. Dans l'affaire *Telmex* examinée à l'OMC²⁷, les règles sur les services à grande distance internationaux du Mexique disposaient que Telmex (le plus gros fournisseur de services de télécommunication du Mexique) devait négocier avec les fournisseurs étrangers une taxe de règlement pour les appels entrants; que Telmex et ses concurrents appliqueraient cette taxe à l'interconnexion pour le trafic d'arrivée en provenance des États-Unis; que Telmex devait transférer du trafic à d'autres fournisseurs mexicains ou accepter du trafic en provenance d'autres fournisseurs mexicains, selon que la proportion de trafic d'arrivée était supérieure ou inférieure à sa proportion de trafic de sortie; et que Telmex pouvait conclure avec d'autres opérateurs des «accords d'indemnisation financière», qui devaient être approuvés par les autorités mexicaines. Les États-Unis ont déposé une plainte devant l'Organe de règlement des

différends (ORD) de l'OMC, alléguant que la taxe d'accès n'était pas fondée sur les coûts et que le Mexique avait bel et bien mis en place une entente autorisée par l'État entre opérateurs de télécommunications, entravant ainsi le trafic d'arrivée en provenance de l'étranger, ce qui était contraire au Document de référence. Le Mexique et les États-Unis ont ensuite réglé ce différend et le Mexique a abrogé les règles en cause.

23. Les conclusions et le raisonnement du Groupe spécial avaient trait, dans une large mesure, à l'interprétation du Document de référence, mais avaient une importance beaucoup plus générale pour la politique de concurrence. Une conclusion majeure a été que le «marché donné» au sens du Document de référence était la terminaison au Mexique d'appels téléphoniques en provenance des États-Unis, conformément à la notion de substitution de la demande, qui était «au cœur du processus de définition du marché tel qu'il [était] utilisé par les autorités chargées de la concurrence». Le Groupe spécial a aussi estimé que l'expression «pratiques anticoncurrentielles» suggérait de manière générale des actions qui diminuaient la rivalité ou la concurrence sur le marché; et les exemples de «pratiques anticoncurrentielles» figurant dans le Document de référence illustraient certaines pratiques qui étaient jugées particulièrement pertinentes dans le secteur des télécommunications. Toutes ces pratiques pouvaient, certes, être le fait d'un fournisseur principal agissant seul, mais ce fournisseur pouvait aussi se composer de différentes entreprises, et cela même donnait à penser que la coordination horizontale de fournisseurs pouvait être pertinente. Le Groupe spécial a relevé aussi que le sens de l'expression «pratiques anticoncurrentielles» était éclairé par l'utilisation de ce terme dans la législation des membres de l'OMC en matière de concurrence; la note d'information établie par le secrétariat de l'OMC indiquait que de nombreux membres s'étaient dotés de lois en matière de concurrence, que l'expression «pratiques anticoncurrentielles» y était souvent employée pour désigner des catégories de comportement illicite et que, si l'éventail des pratiques anticoncurrentielles prohibées variait selon les membres, les pratiques qui étaient illicites au regard des lois sur la concurrence comprenaient les cartels comme les accords de fixation de prix ou de partage de marchés, ainsi que les restrictions verticales et l'abus de position dominante. Le Groupe spécial a également examiné ce qu'il en était à cet égard sur le plan international, et noté que le sens de l'expression «pratiques anticoncurrentielles» et l'importance de la lutte contre ces pratiques étaient éclairés aussi ou soulignés par les dispositions connexes de certains instruments internationaux, de telles références étant déjà contenues dans la Charte de La Havane, et figurant désormais dans l'Ensemble ainsi que dans la Recommandation de l'OCDE sur les ententes injustifiables qui préconisait la stricte prohibition des cartels (cela était pertinent puisque le Mexique et les États-Unis étaient membres de l'OCDE); et il avait été fait mention dans les travaux du Groupe de travail de l'OMC des effets perniciose des ententes injustifiables, et du consensus existant parmi les responsables en matière de concurrence selon lequel de telles ententes devraient être interdites. Le Groupe spécial a donc conclu que l'objet et le but du Document de référence étaient la conclusion selon laquelle l'expression «pratiques anticoncurrentielles» comprenait, outre les exemples mentionnés, les accords horizontaux sur la fixation des prix et le partage des marchés conclus par des fournisseurs, qui étaient généralement découragés ou rejetés au niveau national ou international.

24. En conséquence, le Groupe spécial a estimé que les règles en cause imposaient à Telmex des pratiques qui étaient «anticoncurrentielles» au sens du Document de référence. Il a rejeté les arguments du Mexique faisant valoir que ces mesures favorisaient la concurrence et empêchaient les pratiques abusives de fournisseurs étrangers et que, grâce à l'existence d'une législation de la concurrence, il appliquait effectivement des «mesures appropriées» pour empêcher les pratiques

anticoncurrentielles. Le Groupe spécial a aussi estimé que les doctrines nationales voulant qu'une entreprise qui se conforme à une prescription législative spécifique puisse être à l'abri d'une constatation de violation de la législation nationale relative à la concurrence n'étaient pas applicables en l'espèce puisque, en vertu des principes du droit international public et conformément à la Convention de Vienne, une prescription imposée par un membre de l'OMC en vertu de son droit interne à un «fournisseur principal» ne pouvait pas amoindrir unilatéralement les engagements internationaux inscrits dans la liste de ce membre et contractés envers les autres membres de l'OMC, visant à empêcher des fournisseurs principaux de «maintenir des pratiques anticoncurrentielles». Toutefois, le Groupe spécial a affirmé que – au-delà de ses constatations concernant la fixation horizontale des prix et la répartition des marchés entre fournisseurs concurrents de services de télécommunication de base – l'expression «pratiques anticoncurrentielles» pouvait être interprétée différemment par différents membres de l'OMC. Le Groupe spécial a pris en compte les dispositions de l'AGCS relatives à un traitement différencié et plus favorable pour les pays en développement membres. Il a, en revanche, rejeté l'argument du Mexique selon lequel celui-ci devait soumettre l'accès à ses réseaux à certaines conditions afin de renforcer son infrastructure interne de télécommunication, comme cela est autorisé par l'annexe dans le cas des pays en développement, puisque le Mexique n'avait pas inclus de telles restrictions dans sa Liste d'engagements spécifiques, et puisqu'il n'avait pas démontré que les arrangements anticoncurrentiels de fixation des prix et de partage du marché étaient des conditions «raisonnables» et «nécessaires» à la poursuite de ses objectifs de développement. Le Groupe spécial a souligné que ses conclusions n'empêchaient aucunement le Mexique de poursuivre activement ses objectifs de développement en étendant les réseaux et services de télécommunication d'une manière compatible avec les engagements pris au titre de l'AGCS.

III. INCIDENCES ET QUESTIONS À EXAMINER

A. Méthodes d'approche communes et différences

25. Lors des débats consacrés à un éventuel cadre multilatéral en matière de coopération, le Canada a fait valoir que «si la coopération elle-même doit être volontaire, elle est fondée sur certains préalables, entre autres la confiance mutuelle. La confiance est aussi une chose que l'on ne peut imposer par un accord international et qui ne peut être soumise à des règles – mais un accord international peut jouer un rôle important en favorisant la convergence entre les signataires ... L'élément clef dans ce contexte est d'encourager les pays en question à mieux se connaître ... Un accord multilatéral par lequel les pays s'engagent à adopter certaines méthodes d'approche communes pour la politique de la concurrence fournirait à la longue une base pratique pour faire naître cette confiance en élargissant la convergence des pratiques optimales en matière de concurrence entre les membres.»²⁸.

26. Le Canada a aussi fait valoir que la Recommandation de l'OCDE ne précisait pas si la législation nationale relative aux ententes injustifiables devait être fondée sur des prohibitions proprement dites ou sur une règle de bon sens, et n'imposait pas de cadre de droit civil ou pénal pour l'application des lois, les sanctions ou les amendes – le soin de trancher ces questions étant laissé aux autorités nationales; et que, lors des négociations qui avaient abouti à la formulation de la Recommandation, on s'était efforcé d'élaborer des définitions plus détaillées des ententes injustifiables, mais que cette approche avait été abandonnée parce qu'elle risquait de déboucher sur des normes communes, alors que les besoins et la situation des États membres n'étaient pas

les mêmes, et qu'une approche harmonisée aurait pu servir à déterminer si les législations nationales étaient conformes à la Recommandation²⁹. Il a aussi été indiqué (par la République de Corée) que même si l'Ensemble et la Recommandation donnaient des ententes des définitions qui n'étaient guère différentes quant au fond, la définition donnée par l'Ensemble était peut-être de plus vaste portée, puisqu'elle ne prévoyait pas explicitement d'exemptions ou d'autorisations et visait explicitement les arrangements anticoncurrentiels tels que refus collectif d'avoir des relations commerciales ou refus collectif d'accès à des associations, ainsi que les accords de fixation des prix «y compris en ce qui concernait les exportations et les importations»; toutefois, il était également indiqué dans ce document que «l'on ne devrait pas conclure que l'Ensemble exclut les autres formes d'entente qui ne figurent pas sur la liste, ni que la Recommandation exclut nécessairement certaines formes ou certains types d'entente, y compris les ententes à l'exportation ou à l'importation»³⁰. On peut lire dans un récent rapport du Réseau international de la concurrence que si l'idée générale de ce qui constitue une entente, de ce que sont ses effets dommageables et de la priorité qu'il convient d'accorder à leur élimination est remarquablement uniforme dans les différents pays, il y a des différences d'approche à l'égard de la définition et de sa mise en œuvre des interdictions visant les ententes, s'agissant de savoir, par exemple, s'il faut énumérer ou non les comportements interdits, quelles exceptions à la loi il convient de prévoir, s'il y a lieu d'inclure les comportements verticaux, et quel niveau de preuve doit être exigé pour établir une violation³¹.

B. Coopération à propos d'affaires données, confidentialité et clémence**

27. À propos de l'affaire relative à la *lysine* et d'affaires semblables, les autorités brésiliennes ont indiqué que «malgré la signature de l'accord international entre les autorités brésiliennes et les autorités nord-américaines, la source la plus précieuse de coopération internationale reste la source informelle»³². Par ailleurs, un ancien chef de la Division antitrust du Département de la justice des États-Unis a indiqué que, au cours des enquêtes menées dans les affaires relatives à la *lysine* et à l'*acide citrique* (qui faisaient intervenir des ententes internationales), l'aptitude du Département de la justice à échanger des renseignements était restreinte avec les pays qui n'étaient pas parties à des accords de coopération autorisant l'échange d'informations confidentielles. (Il s'agit d'accords de coopération «souple» comme ceux conclus entre les États-Unis, d'une part, et l'Australie, le Brésil, le Canada, la Commission européenne, l'Allemagne, Israël, le Mexique et le Japon, qui n'autorisent pas l'échange d'informations confidentielles protégées par la loi)³³. Un pays en développement s'est déclaré favorable aux accords bilatéraux de coopération avec des pays développés, car de nombreuses entités commerciales étrangères ou affiliées à une entité étrangère de pays développés exerçaient leurs activités sur son territoire et il était quelquefois nécessaire de les citer à comparaître pour répondre à des plaintes ou leur demander de témoigner³⁴; les difficultés rencontrées par la Corée du fait que les membres d'ententes n'avaient pas d'antenne locale ont été soulignées plus haut³⁵. Selon un rapport de l'OCDE, «l'expérience de la Corée dans l'affaire des *électrodes en graphite*

** Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a demandé, concernant la version précédente du présent rapport (TD/RBP/CONF.6/9/Rev.1/TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.2), que les passages suivants de la section B soient supprimés: l'ensemble du paragraphe 27 (sauf les mots en caractères gras, qui ont été rajoutés récemment); et dans le paragraphe 28, la phrase «On peut noter à cet égard les recommandations présentées de longue date ... un moyen de défense fondé sur l'efficacité.».

est instructive car elle montre les difficultés auxquelles peut se heurter un pays qui n'arrive pas à s'assurer la coopération de l'un des membres d'une entente dans une affaire internationale. La Corée souffrait d'une certaine image de pays en développement, et de pays qui n'avait pas derrière lui une solide tradition d'application de la législation en matière de concurrence»³⁶. Toujours à propos des affaires relatives aux *électrodes en graphite* et aux *vitamines*, le rapport indique ce qui suit: «On peut présumer que, dans le monde entier, ces ententes concernaient de nombreux pays, sinon la plupart d'entre eux, mais c'était essentiellement, sinon exclusivement, dans des pays de l'OCDE que des poursuites étaient engagées ... La coopération internationale entre les autorités chargées de la concurrence se limitait essentiellement à l'échange d'informations qui étaient dans le domaine public, ce qui pour les pays qui ne bénéficiaient pas de la coopération d'une ou plusieurs parties à l'entente, n'était pas suffisant pour servir de fondement à une poursuite ... Les programmes de clémence étaient directement à l'origine du succès des poursuites dans certains pays, mais un trait majeur et absolument nécessaire des programmes de clémence – la stricte confidentialité accordée pour les informations obtenues à la suite d'une demande de clémence – empêchait ces quelques pays de partager ces renseignements avec leurs homologues étrangers. De plus, seul un petit nombre de pays bénéficiaient de demandes de clémence. Coordonner les programmes de clémence serait difficile, mais cela renforcerait nettement la coopération à l'encontre des ententes internationales. Le réseau des relations bilatérales et plurilatérales de coopération se développe, mais il y a encore de nombreux pays qui n'en font pas partie, ou qui ne font pas partie de beaucoup d'entre eux, et ces pays ont de ce fait moins de chances de bénéficier de la coopération internationale. L'obstacle peut-être le plus important à une meilleure coopération est constitué par les restrictions, encore une fois justifiées dans une certaine mesure, empêchant la divulgation de renseignements confidentiels ou protégés obtenus dans le cours d'une enquête en matière de concurrence.»³⁷. Selon un autre rapport récent de l'OCDE, malgré des progrès appréciables, il reste encore beaucoup à faire en matière de coopération internationale, surtout en intensifiant l'échange formel d'informations confidentielles, afin de réprimer plus efficacement les ententes internationales³⁸. Ce rapport prend l'exemple d'une enquête de la Turquie sur des suspicions d'entente qui a été considérablement entravée par l'impossibilité d'obtenir des informations confidentielles de la part de la Commission européenne (qui menait aussi des investigations sur cette entente supposée), en l'absence de mécanisme formel de coopération autorisant l'échange d'informations confidentielles. Il recommande donc aux pays d'envisager d'autoriser leurs autorités de la concurrence à échanger des informations confidentielles avec les autorités compétentes d'autres pays, à condition de mettre en place des sauvegardes appropriées préservant d'une divulgation non autorisée comme les pratiques exemplaires pour l'échange officiel d'informations dans les enquêtes sur les ententes élaborées par le Comité de la concurrence de l'OCDE.

28. Toutefois, il a été suggéré que, plus le caractère international d'une entente est marqué et le nombre des pays qui pourraient la sanctionner élevé, moins il y aurait d'incitations pour ses membres à tirer parti de programmes nationaux de clémence³⁹. De fait, il a été dit qu'aux États-Unis les cas où le programme de clémence du Département de la justice porte ses fruits sont de plus en plus ceux dans lesquels les entreprises qui demandent à en bénéficier reçoivent l'assurance que la législation interdisant les ententes ne leur sera pas appliquée dans d'autres pays, ou que les sanctions infligées seront limitées; il a donc été recommandé que le Département de la justice continue de se faire l'avocat de normes internationales propres à renforcer l'efficacité de tous les programmes de clémence et incite par tous les moyens possibles les personnes physiques et les sociétés à dénoncer elles-mêmes leur propre comportement

illicite⁴⁰. On peut aussi noter à cet égard qu'il a été affirmé que de nombreuses ententes internationales découvertes ces dernières années aux États-Unis par les organismes fédéraux antitrust ont organisé leurs réunions dans d'autres pays pour tenter d'échapper aux poursuites pénales auxquelles elles étaient exposées; ou a aussi fait valoir que de semblables préoccupations pourraient se faire jour à l'égard d'autres pays à mesure qu'ils prévoiraient des sanctions plus graves à l'encontre des ententes et renforceraient l'application de la législation les visant⁴¹. Pour s'attaquer aux difficultés que suscitent les accords de clémence et l'application du droit de la concurrence, deux possibilités ont été présentées dans le rapport d'un expert spécialisé dans ce domaine: a) proposer aux membres d'une entente la possibilité d'obtenir la clémence dans un certain nombre de pays en échange de renseignements sur les activités de l'entente dans ces pays; et b) proposer à une entreprise qui obtient l'amnistie de l'autorité chargée de la concurrence d'un autre membre de l'OMC un traitement qui ne soit pas moins favorable si elle présente les mêmes renseignements qu'elle a communiqués à la première autorité chargée de la concurrence et si elle fournit les renseignements supplémentaires et l'aide nécessaires pour permettre des poursuites dans le deuxième pays⁴². Le même rapport fait valoir avec insistance qu'un accord international contraignant sur la promulgation de lois sur les ententes, spécifiant des normes minimales d'application dans chaque pays, aurait des «retombées» positives dans d'autres pays, pour les raisons suivantes: a) lorsqu'un pays annonce publiquement des mesures d'application de sa législation contre les ententes, cela tend à déclencher des enquêtes chez les partenaires commerciaux, qui bénéficient ainsi de l'application de la législation à l'étranger, et ces avantages ont toute chance d'augmenter avec le temps, à mesure que la coopération formelle et informelle entre autorités chargées de la concurrence se renforcera; et b) les enquêtes portant sur les ententes ne sont possibles que si l'on dispose des témoignages et des documents pertinents et, dans la mesure où une entente internationale met de tels documents à l'abri dans un pays qui ne peut pas ou ne veut pas coopérer à des enquêtes menées à l'étranger sur les activités de cette entente, les actions de ce pays ont des effets défavorables sur les intérêts de ses partenaires commerciaux. Ainsi, selon ce rapport, un accord international peut contribuer dans une certaine mesure à éliminer les pays refuges pour les ententes intérieures aussi bien que pour les ententes internationales. Dans le récent rapport de l'OCDE mentionné plus haut, il est recommandé en effet d'examiner comment coordonner les programmes de clémence, surtout en encourageant les membres d'ententes intéressés à faire leur demande de clémence dans autant de pays que possible⁴³. La nécessité de renforcer la coopération internationale dans ce domaine est soulignée par de récents travaux de recherche démontrant que les ententes ayant des effets sur plusieurs continents pratiquent des prix plus élevés que les autres types d'entente internationale et que, malgré l'augmentation manifeste du nombre d'ententes détectées et du montant des amendes monétaires et des sanctions imposées au cours des dix dernières années, il y a de bonnes raisons de penser que les régimes antitrust appliqués dans le monde n'ont pas un effet dissuasif suffisant⁴⁴.

29. Par ailleurs, la Trinité-et-Tobago a demandé si les pays de taille modeste sur le plan économique réussiraient à discipliner efficacement d'importantes entreprises multinationales, malgré le déséquilibre des rapports de force; elle a donc fait valoir qu'il fallait concevoir des moyens novateurs d'aider les pays en développement, en particulier les pays à économie de taille modeste, à bénéficier d'un régime de concurrence en ce qui concerne les questions transfrontières⁴⁵. Dans le même esprit, il a été indiqué qu'un petit pays ne pouvait pas toujours être crédible lorsqu'il menaçait d'interdire une fusion ou une entente à l'exportation entre entreprises étrangères, car les échanges dont il était le lieu ne représentaient généralement qu'une

petite part des opérations mondiales totales de l'entreprise étrangère: s'il imposait des restrictions significatives au comportement de l'entreprise étrangère, celle-ci choisirait probablement de cesser d'y avoir des activités, avec les effets négatifs nets que cela comporterait pour sa prospérité. Les pays dans lesquels ces entreprises étrangères sont établies pourraient aussi opposer une résistance politique⁴⁶. Dans le même rapport, il est suggéré aussi que des règles harmonisées qui ne pourraient être appliquées qu'au prix d'actions unilatérales prises par le pays lésé seraient désavantageuses pour les pays à économie de taille modeste et ne répondraient pas aux préoccupations que leur cause le comportement extraterritorial entraînant des effets défavorables sur leur marché intérieur; par conséquent, selon ce rapport, des règles harmonisées devraient inclure une règle qui interdise toutes les ententes à l'exportation. Lors des débats qui se sont déroulés au sein du Réseau international de la concurrence (ICN), des intervenants de pays en développement ont fait valoir qu'il serait dans l'intérêt des pays en développement que le Groupe de travail des ententes de l'ICN fasse porter l'essentiel de ses efforts sur les questions relatives à l'échange d'informations, et qu'il examine aussi le rôle des ententes à l'exportation et leur capacité juridique⁴⁷. On peut noter à cet égard les recommandations présentées de longue date tendant à ce que tous les pays cessent de tolérer les ententes à l'exportation dans la mesure où ces ententes seraient illicites si elles visaient le marché intérieur⁴⁸, ou que les ententes à l'exportation soient prohibées à moins de pouvoir démontrer qu'elles servent à surmonter un véritable obstacle à la concurrence dans le pays importateur, ou puissent invoquer un moyen de défense fondé sur l'efficacité⁴⁹. Toutefois, comme cela a été mis en lumière par l'affaire *Empagran*, il peut arriver que l'application de lois étrangères ou de sanctions à l'égard de ces ententes heurte la sensibilité de pays visés par des ententes internationales. De plus, même en l'absence d'exclusions explicites, les lois relatives à la concurrence ne visent généralement pas les pratiques qui ne concernent que des marchés étrangers.

30. Une communication écrite soumise par le Brésil à la septième session du Groupe d'experts et traitant des expériences de coopération entre ce pays et différentes juridictions indique que l'échange d'informations aux fins de l'assistance technique a connu un essor considérable, dans le cadre d'une coopération informelle ou encore d'accords bilatéraux de coopération, et que l'échange d'informations non confidentielles sur les fusions et les comportements unilatéraux est en augmentation, conformément aux prévisions⁵⁰. La communication signale en outre que, «Du point de vue du Brésil, néanmoins, le recours aux instruments de coopération internationale pour appliquer les dispositions relatives aux ententes s'est révélé d'une utilité limitée, voire inexistante... Les contraintes juridiques qui existent dans toutes les juridictions sont incontestables et semblent constituer le principal obstacle à une coopération efficace, puisque aucune information importante n'a encore été recueillie.». Dans un rapport examinant les résultats obtenus grâce aux accords de coopération en matière de concurrence et aux dispositions relatives à la concurrence dans les accords commerciaux régionaux, et analysant des affaires précises à propos desquelles le Brésil, la République de Corée et la Turquie ont eu recours à la coopération, les conclusions et recommandations suivantes sont formulées: a) bien que la coopération entre organismes de concurrence expérimentés et organismes moins chevronnés demeure plutôt limitée quand il s'agit d'une affaire précise, elle donne généralement des résultats qu'il ne serait pas possible d'obtenir autrement; b) compte tenu des incidences financières des ententes internationales pour les pays en développement, des conséquences néfastes sur leur développement économique, de la capacité institutionnelle moindre de ces pays et de la dispersion probable des éléments de preuve entre les différentes juridictions, la coopération est très importante dès lors qu'elle aide les pays en développement à lutter contre les ententes

internationales; c) il est possible que les accords régissant la coopération dans ce domaine soient dans une certaine mesure inadéquats, parce qu'ils imposent des obligations de négociation et de notification qui pourraient être assez lourdes et qu'ils ne prennent pas toujours en considération les besoins réels des parties, ni les différences existant entre elles sur le plan de la maturité institutionnelle; e) le renforcement de la coopération pourrait donc au départ se limiter au renforcement des capacités et à la mise en place d'institutions compétentes, puis s'étendre à la notification et à l'échange d'informations confidentielles; f) les pays devraient examiner les différents moyens de permettre à leurs autorités de la concurrence d'échanger des informations confidentielles; g) la non-application des dispositions relatives à la coopération peut s'expliquer par le fait que les avantages inhérents à celle-ci ne sont pas suffisamment évidents alors que les coûts de mise en œuvre sont élevés; h) la coopération informelle peut être utile, mais il est parfois important de disposer d'un cadre officiel; et i) un inventaire continu des résultats positifs de la coopération favoriserait une coopération plus intense et plus efficace avec les pays en développement, incitant ainsi les parties intéressées à établir un cadre de coopération approprié et fournissant à ces pays un soutien politique solide ainsi que l'assistance technologique dont ils ont besoin pour surmonter les difficultés qui surgissent à chaque étape de l'élaboration d'une politique de concurrence.

31. Une autorité de concurrence a suggéré que, pour accroître la base de connaissances sur la politique de concurrence à laquelle les pays en développement ont accès et pour empêcher les contradictions entre les accords régissant des domaines différents, la CNUCED pourrait favoriser l'élaboration d'études sur les liens entre la politique de concurrence, le commerce et l'investissement, abordant par le fait même les questions indissociables soulevées dans ces domaines⁵¹. Cette autorité propose en outre que des discussions soient engagées sur les questions suivantes: coopération entre les autorités chargées de la concurrence et les autorités chargées des questions commerciales dans les cas de fusions internationales; le dommage causé par les ententes à l'exportation; les liens entre la politique de concurrence, les industries naissantes et la politique industrielle; les liens entre la politique de concurrence et la réglementation; ainsi que les liens entre la politique de concurrence et l'investissement étranger direct.

C. Questions à examiner

32. Certaines des observations ou suggestions présentées ci-dessus l'ont été en vue d'un cadre multilatéral susceptible d'être mis en place à l'OMC, mais elles pourraient présenter aussi de l'intérêt pour l'élaboration d'autres instruments multilatéraux, ou encore d'accords bilatéraux ou régionaux. On indiquera donc ci-après quelques thèmes et questions qui pourraient être examinés par la Conférence de révision ainsi que par le Groupe d'experts lors de futures sessions pour rechercher comment d'éventuels accords internationaux sur la concurrence pourraient s'appliquer aux pays en développement, notamment en prévoyant un traitement préférentiel ou différencié.

33. Grâce à de vigoureux efforts d'application de leur législation, souvent étayés par une coopération informelle, les autorités chargées de la concurrence du Brésil (qui sont parmi les plus expérimentées des pays en développement) et celles de la République de Corée ont obtenu un certain succès dans les actions qu'elles ont intentées à l'encontre de quelques ententes internationales qui leur étaient dommageables. Toutefois, la coopération internationale à laquelle ont donné lieu deux des affaires en question s'est limitée, pour l'essentiel, à l'échange d'informations qui étaient dans le domaine public, ce qui, selon un rapport de l'OCDE, ne pouvait suffire à fonder des poursuites lorsque les autorités chargées de la concurrence ne

bénéficiaient pas de la coopération d'une ou plusieurs parties à l'entente⁵². La République de Corée s'est heurtée à de telles difficultés alors même qu'elle était membre de l'OCDE et en avait adopté toutes les recommandations pertinentes relatives à la coopération en ce domaine, dont la recommandation relative aux ententes injustifiables et la recommandation révisée du Conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux⁵³. Ces dernières années, la République de Corée a conclu un certain nombre d'arrangements de coopération aux fins d'application du droit de la concurrence et d'accords de libre-échange qui prévoient divers degrés de coopération; aucun d'entre eux (comme la plupart des accords) ne prévoit toutefois l'échange de renseignements confidentiels; or il a été constaté que cette absence empêche une véritable coopération en ce domaine⁵⁴. Les gouvernements voudront donc peut-être examiner les rôles relatifs et l'importance d'accords contraignants par comparaison avec des efforts de coopération informelle et d'application du droit de la concurrence à l'échelon national, face aux difficultés que les pays en développement rencontrent lorsque des pratiques commerciales restrictives comportent des éléments internationaux. Lorsque, par exemple, l'autorité chargée de la concurrence dans un pays en développement, qui dispose d'une expérience, de ressources, d'instruments juridiques et d'atouts de négociation limités, désire convoquer des entreprises basées à l'étranger ou affiliées à des entreprises étrangères pour qu'elles répondent à des plaintes ou déposent en tant que témoins, ou lorsqu'elle cherche à découvrir si ces entreprises se livrent à des pratiques anticoncurrentielles, ou souhaite appliquer des mesures correctives ou des sanctions à leur encontre, quelles techniques d'application du droit de la concurrence pourrait-elle valablement utiliser – et quelle est la nature de l'assistance technique qui pourrait l'aider utilement dans ses efforts? Dans de telles situations, quelle coopération informelle (notamment par la fourniture de quelle sorte d'informations non confidentielles) serait-elle ou devrait-elle être obtenue sans difficulté auprès d'autres autorités chargées de la concurrence, et dans quelle mesure suffirait-elle à faire face aux difficultés d'application du droit de la concurrence rencontrées? Pour quels types de problèmes la conclusion d'accords contraignants en ce domaine par les pays en développement avec d'autres pays serait-elle nécessaire – et quel type de dispositions faudrait-il inclure dans de tels accords pour qu'ils servent effectivement à s'attaquer à de tels problèmes? Dans quelle mesure et à quelles conditions d'autres pays seraient-ils disposés à signer avec un pays en développement un accord de coopération prévoyant, par exemple, la notification d'activités anticoncurrentielles qui sont préjudiciables à un tel pays même en l'absence d'une violation de la législation du pays auteur de la notification, ou l'assistance à la conduite d'investigations, ou l'échange d'informations confidentielles sous réserve de sauvegardes appropriées? Comment les questions relatives aux accords de clémence et à la confidentialité devraient-elles être réglées? Quelle est l'importance du dommage causé par les ententes à l'exportation et les ententes internationales? Dans quelle mesure les dispositions actuelles des accords de coopération en matière de concurrence et des accords commerciaux régionaux sont-elles compatibles avec les besoins et capacités des pays en développement? Quels exemples d'une coopération efficace dans ce domaine est-il possible de donner? Quels liens la politique de concurrence a-t-elle avec le commerce, l'investissement, les industries naissantes, la politique industrielle et la réglementation? Quelles sont les possibilités de coopération entre les autorités chargées de la concurrence et les autorités chargées des questions commerciales dans les cas de fusions internationales?

34. On observe une importante coopération sur le plan de la procédure dans le domaine de la politique de concurrence, principalement entre certains pays ou régions développés, en dépit de différences marquées quant aux approches de fond; on ne voit pas très bien dans quelle mesure

l'existence d'engagements de fond dans des accords contraignants a été une condition préalable nécessaire à une telle coopération. Réciproquement, plusieurs accords de libre-échange ou de partenariat économique, conclus principalement entre pays développés et pays en développement (dont ceux qui sont examinés dans le présent rapport), prévoient des engagements de fond de nature et de degré variables dans le domaine de la politique de concurrence; on ne voit pas bien non plus dans quelle mesure ces engagements ont jusqu'à présent favorisé la coopération sur le plan de la procédure dans les affaires de concurrence. Il pourrait être nécessaire de préciser, par exemple: a) comment l'inclusion dans un accord international (d'une manière tenant compte des divergences existant en ce domaine) de normes minimales de prohibition des ententes et/ou d'application de cette prohibition aiderait les autorités chargées de la concurrence dans les pays en développement à déceler l'existence d'ententes internes ou internationales et à entreprendre des actions à leur encontre, compte tenu des ressources et des compétences qu'elles pourraient obtenir à cet effet, des chances de voir les membres d'une entente trouver de l'intérêt aux offres de clémence émanant de pays en développement, des chances de trouver, dans les pays en développement, des documents significatifs ou des témoins potentiels ainsi que des moyens d'obtenir de tels éléments de preuve, de la possibilité pour les pays en développement de faire appliquer leurs lois hors de leurs frontières, et de leur pouvoir de négociation face à de grosses entreprises; et b) si l'inclusion dans un accord de libre-échange d'une disposition prévoyant la non-discrimination dans le domaine de la politique de concurrence serait effectivement de nature à prévenir en pratique la discrimination ou, réciproquement, si une telle disposition pourrait inciter à déposer des plaintes pour discrimination devant des autorités de la concurrence inexpérimentées. Les gouvernements voudront donc peut-être examiner: la portée, le degré et la spécificité des engagements de fond à prévoir dans d'éventuels accords internationaux concernant la teneur ou l'application des lois nationales; quelles divergences spécifiques dans les approches de la politique de concurrence constituent (ou pourraient constituer) des obstacles à certains types de coopération sur le plan de la procédure dans certains types d'affaires; dans quelle mesure des engagements de fond pourraient à la fois réussir à promouvoir la convergence en pratique et permettre aux pays en développement de mieux s'attaquer à leurs problèmes d'application; réciproquement, dans quelle mesure l'absence ou le caractère limité de tels engagements de fond pourrait porter atteinte à la confiance mutuelle et à la coopération internationale (à la fois lorsqu'il y a effectivement des divergences de fond quant à l'approche adoptée et quand il n'y en a pas); et l'assistance technique qui serait appropriée pour aider les pays en développement à honorer tout engagement de fond ou à se lancer dans la coopération sur le plan de la procédure. Ces débats pourraient prendre en compte: la teneur des dispositions de fond dans les instruments internationaux existants; les liens ou l'équilibre entre ces dispositions de fond, la coopération procédurale au cas par cas et le règlement des différends; l'expérience acquise jusqu'ici quant à l'interprétation juridique et à l'application des dispositions de fond et de procédure de tels instruments internationaux; les approches communes et les divergences existant dans les politiques de concurrence actuellement en vigueur aux échelons national ou régional (notamment en matière d'exceptions et d'exemptions) et les tendances futures probables à cet égard; enfin l'absence d'expérience, de connaissances et de pouvoir de négociation de nombreux pays en développement en ce domaine. On peut rappeler à cet égard que le paragraphe 8 du Consensus de São Paulo dispose ce qui suit: «Il appartient à chaque gouvernement d'évaluer les avantages découlant de ces règles et engagements internationaux et les contraintes dues à la perte d'autonomie. Eu égard aux objectifs de développement, il est particulièrement important pour les pays en développement que tous les pays prennent en compte

la nécessité de concilier au mieux marge d'action nationale et disciplines et engagements internationaux.».

35. Une autre question que les gouvernements pourraient vouloir examiner est de savoir dans quelle mesure des pays ayant davantage d'expérience en ce domaine pourraient néanmoins être disposés à prendre des mesures d'application pour aider les pays en développement, comme le prévoit le paragraphe E.4 de l'Ensemble. Comme on l'a montré ci-dessus, dans l'affaire *Empagran*, plusieurs pays développés ont plaidé avec succès contre l'intervention des tribunaux des États-Unis à propos du dommage causé aux marchés de tels pays par une entente internationale, au motif que cela affaiblirait leur propre politique antitrust et leurs propres programmes d'amnistie. Il peut être approprié de préciser si les pays en développement dans lesquels l'application du droit de la concurrence est moins effective seraient opposés ou favorables à une intervention de pays plus expérimentés en matière de pratiques commerciales restrictives émanant de pays étrangers mais préjudiciables aux marchés des pays en développement. On a déjà appelé l'attention plus haut sur certaines suggestions figurant dans des rapports de l'OCDE quant à la manière dont la question des ententes à l'exportation pourrait être abordée. On peut rappeler à cet égard que: le paragraphe E.9 de l'Ensemble dispose que les États devraient, sur demande, ou de leur propre initiative quand ils en constatent la nécessité, fournir aux autres États, en particulier s'il s'agit de pays en développement, les renseignements auxquels le public a accès et, dans la mesure où leur législation et la politique établie des pouvoirs publics le permettent, les autres renseignements nécessaires à l'État destinataire pour son contrôle efficace des pratiques commerciales restrictives; que le paragraphe C.7 de ce document, qui traite du traitement spécial et différencié pour les pays en développement, dispose qu'afin d'en assurer l'application équitable, les États, en particulier les pays développés, devraient prendre en considération dans leur contrôle des pratiques commerciales restrictives les besoins de développement, les besoins financiers et les besoins commerciaux des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés, aux fins qui sont notamment celles des pays en développement pour: promouvoir la mise en place ou le développement d'industries nationales et le développement économique des autres secteurs de l'économie; et encourager leur développement économique par des arrangements régionaux ou globaux entre pays en développement; et que le paragraphe F.4 du même Ensemble prévoit des consultations entre les États au sujet d'une question relative au contrôle des pratiques commerciales restrictives, auquel cas les États concernés peuvent demander à la CNUCED des services de conférence convenus d'un commun accord.

36. Les gouvernements voudront peut-être aussi établir: comment la coopération entre pays en développement dans le domaine de la politique de la concurrence pourrait être renforcée, compte tenu des paragraphes C.7 et E.7 de l'Ensemble (qui prévoit la coopération régionale et sous-régionale en ce domaine par l'échange de renseignements sur les pratiques commerciales restrictives ou sur l'application des législations en la matière, et par une assistance mutuelle aux fins du contrôle des pratiques commerciales restrictives)⁵⁵; et comment la CNUCED pourrait assurer la meilleure application du paragraphe 104 du Consensus de São Paulo (qui dispose que la CNUCED devrait intensifier les travaux d'analyse et les activités de renforcement des capacités visant à aider les pays en développement à mieux appréhender les questions concernant la législation et les politiques relatives à la concurrence, y compris au niveau régional), compte tenu des moyens qui permettraient de renforcer la coordination des travaux menés en ce domaine par différents organismes internationaux.

37. À ce jour, l'Ensemble de principes et de règles est le seul instrument multilatéral de caractère universel traitant du droit et de la politique de la concurrence et établissant des normes généralement acceptées en ce domaine. Bien qu'il ne soit pas juridiquement contraignant, il a l'autorité politique et la légitimité d'une résolution de l'Assemblée générale adoptée à l'unanimité. La cinquième Conférence des Nations Unies chargée de revoir l'Ensemble a réaffirmé le rôle fondamental du droit et de la politique de concurrence pour un développement économique équilibré et la validité de l'Ensemble, et a demandé à tous les États membres de ne ménager aucun effort pour en appliquer pleinement les dispositions⁵⁶. En conséquence, tout examen des questions mentionnées ci-dessus devrait prendre dûment en considération les dispositions de l'Ensemble; celui-ci pourrait servir de guide ou de cadre pour établir la manière dont d'éventuels accords internationaux sur la concurrence pourraient s'appliquer aux pays en développement (notamment grâce au traitement préférentiel ou différencié). Cet examen devrait aussi être mené dans le cadre établi par la cinquième Conférence de révision. Si les gouvernements le souhaitent, on pourrait aussi prendre en compte, en tant que de besoin, les dispositions pertinentes des accords de l'OMC, notamment leurs dispositions relatives au traitement spécial et différencié, ainsi que les travaux en cours qui visent à les renforcer et à les rendre plus précis, efficaces et opérationnels. Un tel examen pourrait contribuer à renforcer la cohérence et la coordination entre législations nationales et entre différentes formes ou différents niveaux de coopération internationale en ce domaine. Il pourrait aussi contribuer à la poursuite de l'élaboration et de la présentation par la CNUCED des types de dispositions communes qui devraient figurer dans les accords de coopération internationaux, en particulier bilatéraux et régionaux, concernant la politique de la concurrence et son application.

Notes

¹ Voir CNUCED, Rapport du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence (TD/B/COM.2/52-TD/B/COM.2/CLP/39), conclusions concertées, par. 4. Cette demande reprenait une demande similaire formulée lors de la quatrième Conférence de révision de l'Ensemble de principes et de règles en 2000.

² Voir le paragraphe 2 des conclusions concertées du Groupe d'experts dans CNUCED, «Rapport du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence sur sa sixième session» (TD/B/COM.2/48). Une communication écrite relative au rapport a été reçue du Gouvernement indonésien.

³ Voir la résolution que la Conférence a adoptée à sa séance plénière de clôture le 18 novembre 2005, cinquième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Antalya (Turquie), 14-18 novembre 2005 (TD/RBP/CONF.6/14), par. 10. Des communications écrites sur le présent rapport ont été reçues des Gouvernements du Canada, des États-Unis d'Amérique, de la Serbie-et-Monténégro et de la Trinité-et-Tobago.

⁴ Voir le paragraphe 8 des conclusions concertées du Groupe d'experts dans CNUCED, «Rapport du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence sur sa septième session» (TD/B/COM.2/CLP/57). Une communication écrite ayant trait au rapport a été reçue du Gouvernement brésilien.

⁵ Voir P. Brusick et J. Clarke, «Operationalizing special and differential treatment in cooperation agreements on competition law and policy», in UNCTAD, *Trade and Competition Issues: Experiences at Regional Level* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1).

⁶ Portée, champ et application des législations et politiques de la concurrence, et analyse des dispositions des accords du Cycle d'Uruguay intéressant la politique de la concurrence ainsi que leurs conséquences pour les pays en développement et d'autres pays (TD/RBP/COM.2/EM/2); Affaires de concurrences importantes signalées récemment dans les pays en développement (TD/B/COM.2/CLP/26); et L'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés (TD/C/COM.2/CLP/21/Rev.2).

⁷ Résolution 35/63 de l'Assemblée générale, en date du 5 décembre 1980 (TD/RBP/CONF.10/Rev.2).

⁸ Les États-Unis sont, toutefois, le seul pays dont le droit de la concurrence soit applicable à des pratiques commerciales restrictives sur des marchés étrangers qui affectent leurs propres exportateurs.

⁹ Communication du Gouvernement de la Trinité-et-Tobago.

¹⁰ Ces accords sont ceux que l'Union européenne a conclus avec l'Algérie, l'Autorité palestinienne, l'Égypte, Israël, la Jordanie, le Liban, le Maroc et la Tunisie.

¹¹ Voir J. Mathis, WTO core principles and prohibition: Obligations relating to private practices, national competition laws and implications for a competition policy framework, rapport d'un consultant de la CNUCED (UNCTAD/DITC/CLP/2003/2).

¹² Voir OMC, Pays en développement et système commercial multilatéral: Le passé et le présent, note d'information du secrétariat, 1999, et Mise en œuvre des dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords et décisions de l'OMC, note du secrétariat WT/COMTD/W/77.

¹³ Voir Conseil général de l'OMC, Programme de travail de Doha, projet de décision du Conseil général du 31 juillet 2004, WT/GC/W/535.

¹⁴ Voir S. Evenett, Can developing countries benefit from WTO negotiations on binding disciplines from hard core cartels?, rapport d'un consultant de la CNUCED (UNCTAD/DITC/CLP/2003/3); et OCDE, Les ententes injustifiables: Progrès récents et défis futurs (CCNM/COMP/TR(2003)7).

¹⁵ Voir OCDE, Les ententes injustifiables: Progrès récents et défis futurs (CCNM/COMP/TR(2003)7).

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid. Voir aussi Chang, Deuk-Soo, «Suggestions for Enhancing Effectiveness of Cooperation on Competition Law and Policy At Regional Level From Korea's Experience», in UNCTAD, *Trade and Competition Issues: experiences at regional level* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1).

²⁰ Voir OCDE, op. cit.

²¹ Voir OCDE, op. cit.

²² Voir OCDE, Forum mondial sur la concurrence, contribution du Brésil, 29 janvier 2002, CCNM/GF/COMP/WD(2002)3, communication établie par Cleveland Prates Texeira (Coordonnateur général de la répression des ententes), Pedro de Abreu e Lima Florêncio (Coordonnateur de la répression des ententes) et Susana Salum Rangel (Adjointe du Coordonnateur général de la répression des ententes).

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ United Parcel Service of America Inc. (UPS) et Gouvernement du Canada, award on jurisdiction in an arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement (Arbitration Tribunal, 22 November 2002).

²⁶ L'article 1105.1 de l'ALENA dispose que «Chaque partie accordera aux investissements des investisseurs d'une autre partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement loyal et équitable et une protection et une sécurité pleines et entières».

²⁷ Voir OMC, *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication – Rapport du Groupe spécial*, WT/DS204/R, 2 avril 2004, examen critique dans P. Marsden, WTO decides its first competition case, with disappointing results, *Competition Law Insight*, mai 2004.

²⁸ Voir OMC – Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication du Canada, 2 juillet 2001, WT/WGTCP/W/174.

²⁹ Voir OMC – Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication du Canada, 12 août 2002, WT/WGTCP/W/201.

³⁰ Voir OMC – Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication de la Corée, Ententes injustifiables et coopération volontaire: Questions conceptuelles et questions pratiques de mise en œuvre, WT/WGTCP/W/225.

³¹ Voir ICN Working Group on Cartels, «Defining Hard Core Cartel Conduct – Effective Institutions – Effective Penalties», in *Building Blocks For Effective Anti-Cartel Regime*, vol. 1.

³² Voir Evenett, op. cit.

³³ Voir J. L. Klein. A note of caution with respect to a WTO agenda on competition policy, Address to the Royal Institute of International Affairs, Chatham House, Londres, 18 novembre 1996 (document ronéotypé).

³⁴ Communication du Gouvernement indonésien.

³⁵ Voir aussi Chang, Deuk-Soo, op. cit.

³⁶ Voir CCNM/COMP/TR(2003)7, p. 36.

³⁷ Ibid., p. 37 et 38.

³⁸ Voir OCDE, Les ententes injustifiables: Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998, 2006.

³⁹ Voir M. Hviid and A. Stephan, *Leniency Undermined?* (document ronéotypé), Centre for Competition Policy, University of East Anglia.

⁴⁰ Voir American Bar Association Section of Antitrust Law, *The State of Federal Antitrust Enforcement 2004*. at http://www.abanet.org/antitrust/comments/2004/state_of_fed_enforc.pdf.

⁴¹ Voir W. Kolasky, *Criminalizing Cartel Activity: Lessons from the U.S. Experience*, address to the Global Competition Law Centre, at <http://gclc.coleuop.be/documents/Kolasky%20-%20criminalizing%20cartel%20activity%208-04.pdf>.

⁴² Voir Evenett, op. cit.

⁴³ Voir OCDE, Les ententes injustifiables: Troisième rapport, op. cit.

⁴⁴ Voir J. M. Connor, *Price-fixing overcharges: Legal and economic evidence*, *Research in Law and Economics* (à paraître).

⁴⁵ Voir OMC – Groupe de travail de l’interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication de la Trinité-et-Tobago, WT/WGTCP/W/143, 2 août 2000.

⁴⁶ Voir M. Gal, *Competition policy in small economies*, Forum mondial de l’OCDE sur la politique de la concurrence, CCNM/GF/COMP/WD(2003)42.

⁴⁷ Voir S. Evenett and M. Gal, *A Report on the Third Annual Conference of the International Competition Network*, 2004.

⁴⁸ Voir American Bar Association, *Special Committee Report on Antitrust* (1991).

⁴⁹ Voir OCDE – *Obstacles au commerce et à la concurrence*, Paris, 1992.

⁵⁰ *The Brazilian recent experience with international cooperation – Contribution du Brésil* (document ronéotypé).

⁵¹ Communication présentée par le Brésil au secrétariat de la CNUCED.

⁵² Voir OCDE, *Les ententes injustifiables: progrès récents et défis futurs*, op. cit.

⁵³ Adoptée les 27 et 28 juillet 1995 (C(95)130/FINAL).

⁵⁴ Voir Chang, Deuk-Soo, op. cit.

⁵⁵ Voir TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.3.

⁵⁶ Voir TD/RBP/CONF.6/14, par. 1 et 2.