



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

Distr.

GENERALE

TD/B/COM.2/EM/2

28 août 1996

FRANCAIS

Original : ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DEVELOPPEMENT
Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières connexes
Réunion d'experts sur le droit et la politique
de la concurrence
Genève, 13 novembre 1996
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

CONSULTATIONS SUR LE DROIT ET LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE,
Y COMPRIS LA LOI TYPE ET LES ETUDES RELATIVES AUX DISPOSITIONS
DE L'ENSEMBLE DE PRINCIPES ET DE REGLES

Renforcement de l'application de l'Ensemble

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 de leurs conséquences pour les pays
en développement et d'autres pays

Etude du secrétariat de la CNUCED */

*/ Texte révisé du document TD/RBP/CONF.4/8 (la version initiale n'a pas été traduite en français).

TABLE DES MATIERES

<u>Chapitre</u>	<u>Paragraphes</u>
6 RESUME ET CONCLUSIONS	1 -
8 INTRODUCTION	7 -
I. 26 EXEMPTIONS	9 -
11 A. Aperçu général	9 -
16 B. Exemptions <u>de minimis</u> et exemptions fonctionnelles	12 -
26 C. Exemptions sectorielles	17 -
II. 37 APPLICATION AUX PERSONNES ET AUX ENTITES	27 -
A. Application générale à certains types d'entités	27 - 30
B. Application à des entités gouvernementales ou des personnes agréées par celles-ci	31 -
III. 47 EXEMPTIONS RELATIVES AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE .	38 -
IV. 55 CHAMP D'APPLICATION GEOGRAPHIQUE	48 -
V. 76 LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET LES ACCORDS DU CYCLE D'URUGUAY	56 -
A. Aperçu général	56

B.	Commerce des marchandises - Entreprises d'Etat et entreprises auxquelles des droits exclusifs ont été accordés	57
C.	Mesures antidumping et subventions	58
D.	Sauvegardes	59
E.	Licences relatives aux droits de propriété intellectuelle et importations parallèles	60 -
61		
F.	Mesures concernant les investissements et liées au commerce	62
G.	Commerce des services	63 -
65		
H.	Droits et obligations relatifs aux consultations spéciales et au règlement des différends	66 -
69		
I.	Conséquences	70 -
76		

RESUME ET CONCLUSIONS

1. Depuis quelques années, on observe dans le monde une convergence des législations et politiques de la concurrence, dont la portée, le champ et l'application évoluent dans le même sens. Cela tient à plusieurs raisons : la tendance générale à la libéralisation des marchés et à la promotion de la concurrence; le fait que l'on insiste davantage sur la protection des consommateurs, sur l'efficacité et sur la compétitivité dans les dispositions ou l'application du droit de la concurrence; la similitude croissante des analyses économiques et des méthodes d'application; la condamnation universelle des pratiques collusoires (avec cependant des dérogations dans certains pays); la limitation ou la suppression des exemptions de caractère sectoriel, individuel ou public et la lutte contre les abus; le durcissement de la répression; le rôle accru des autorités chargées de défendre la concurrence; l'application du droit de la concurrence à des pratiques commerciales restrictives ayant leur origine hors du territoire national, et le renforcement des consultations et de la coopération internationales.

2. Il y a cependant encore de nombreuses différences, notamment en ce qui concerne : le rang de priorité donné à la politique de la concurrence par rapport à d'autres politiques; l'importance accordée à des objectifs autres que la protection des consommateurs ou l'efficacité dans le droit de la concurrence; la démarche juridique suivie pour lutter contre les pratiques commerciales restrictives; les techniques analytiques utilisées; les règles de fond applicables en particulier aux restrictions verticales, aux abus de position dominante, aux fusions, aux coentreprises et aux directions imbriquées; la structure ou la portée des exemptions de minimis, des exemptions fonctionnelles, des exemptions concernant la propriété intellectuelle et d'autres types de dérogations (bien que certaines ne constituent pas à proprement parler des exemptions, mais soient inhérentes à l'application normale des principes de la concurrence); les moyens de faire appliquer la loi et la rigueur de la répression; les doctrines juridiques en vertu desquelles le droit de la concurrence est appliqué hors du territoire national; la capacité d'application réelle ou la fréquence d'application; la mesure dans laquelle les différents pays participent à la coopération internationale dans ce domaine, et les règles restreignant l'accès aux marchés. Malgré ces différences, les objectifs, la teneur et l'application des législations et politiques de la concurrence présentent des similitudes suffisantes pour permettre un renforcement de la coopération.

3. En outre, la conclusion des Accords du Cycle d'Uruguay a grandement favorisé la convergence ainsi que la consolidation des mécanismes internationaux de consultation et de coopération. Les règles du système commercial international s'appliquent désormais plus largement au comportement des entreprises, bien qu'elles s'adressent toujours directement aux gouvernements. Les parties contractantes aux Accords se sont officiellement engagées à lutter contre les restrictions privées au commerce (dans des secteurs comme les services), ou à ne pas encourager ni soutenir ces restrictions (dans d'autres domaines, comme les sauvegardes), l'objectif premier étant d'améliorer l'accès des entreprises des autres Parties contractantes aux marchés et de protéger leurs intérêts commerciaux. Les obligations de consultation au sujet des pratiques commerciales restrictives nuisant au commerce international ont été renforcées. Les Accords contiennent également des dispositions importantes concernant la prise en considération de la concurrence dans la mise en oeuvre, par les gouvernements, d'instruments commerciaux comme les mesures antidumping ou compensatoires.

4. L'abaissement des obstacles privés à l'accès aux marchés (pour les producteurs et les consommateurs des pays exportateurs comme des pays importateurs) et à l'implantation constituerait une étape logique de la libéralisation progressive des échanges internationaux, et favoriserait l'efficacité économique, la croissance ainsi que la protection des

consommateurs tout en réduisant les tensions dans le domaine du commerce ou de la concurrence. Une action sur ce front apparaît particulièrement souhaitable car, les gouvernements étant moins libres d'imposer des restrictions commerciales du fait des Accords du Cycle d'Uruguay - ce qui peut cependant favoriser la concurrence sur les marchés internationaux - les entreprises risquent de recourir de plus en plus à des pratiques commerciales restrictives pour tourner les mesures de libéralisation. La mondialisation et l'évolution technique peuvent également entraîner l'apparition de nouvelles formes de pratiques commerciales restrictives transfrontières, dont les effets pourraient être renforcés par la multiplication des fusions, des coentreprises et des alliances stratégiques internationales. Pour faire fructifier ces accords de façon équilibrée, il convient de mettre en place des mécanismes complémentaires ainsi que d'encourager les régimes commerciaux à tenir davantage compte des impératifs de la concurrence et de la protection des consommateurs, de façon à atténuer les comportements protectionnistes ou pro-producteurs dans des domaines comme les mesures antidumping, les mesures compensatoires et les sauvegardes. Le renforcement des mécanismes de sauvegarde pour défendre la concurrence et empêcher les abus, dans le cadre des règles du système commercial international, favoriserait la libéralisation des échanges et étayerait les efforts déployés à l'échelon national par les autorités responsables de la concurrence.

5. Pour faire face aux nouvelles tâches dans ce domaine et encourager une meilleure compréhension mutuelle ainsi que la convergence des législations et politiques de la concurrence, il serait souhaitable de renforcer les consultations (eu égard aux problèmes de confidentialité) et la coopération entre les autorités chargées de la concurrence, dans le cadre de l'Ensemble de principes et de règles (qui pourrait éventuellement être complété par d'autres directives). La coopération technique pourrait également s'inscrire dans ce cadre.

6. La nécessité de prendre des mesures dans le domaine du contrôle des pratiques commerciales restrictives (mais non en ce qui concerne les aspects des règles du commerce relatifs à la concurrence) a été reconnue par la Commission européenne qui a proposé la création, à l'OMC, d'un groupe de travail chargé d'étudier la possibilité d'élaborer un cadre international lié au système commercial pour la réglementation de la concurrence, et a suggéré que l'OCDE et la CNUCED soient invitées à poursuivre leurs travaux sur le commerce et la concurrence en tenant compte de ceux de l'OMC.

INTRODUCTION

7. Le présent document est une version révisée d'une étude faite par le secrétariat de la CNUCED conformément aux conclusions concertées adoptées par le Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives à sa quatorzième session¹. Etabli suivant le plan présenté à la même session² et compte tenu des remarques faites par les délégations à ce sujet, le texte initial a été remanié à la demande de la troisième 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, eu égard aux commentaires formulés par les gouvernements pendant la Conférence³ ainsi que des observations présentées ultérieurement par écrit⁴. Vu l'ampleur du sujet, le secrétariat n'a pas cherché à décrire en détail la portée, le champ et l'application des lois sur la concurrence, mais a plutôt voulu brosser un tableau général de la situation, en mettant l'accent sur certains points. Un document complémentaire⁵ traite d'aspects fondamentaux des législations et politiques de la concurrence qui ne sont pas examinés ici, faute de place. Le résumé et les conclusions de la présente étude tiennent cependant compte des observations formulées dans ce document de base.

8. Cette étude comprend cinq chapitres, dont les quatre premiers traitent de la portée et du champ des législations et politiques de la concurrence, ainsi que des exemptions (objet, personnes visées et domaine d'application géographique). Le chapitre I décrit certaines exemptions totales ou partielles (exemptions de minimis, exemptions fonctionnelles, exemptions fondées sur la règle de raison et exemptions sectorielles). Le chapitre II porte sur l'application de certaines lois à certains types d'entreprises ou d'organismes, ainsi qu'aux entités gouvernementales nationales et étrangères, aux entreprises publiques et aux personnes dont l'action est autorisée par les pouvoirs publics. Le chapitre III décrit les exemptions accordées en ce qui concerne l'exercice des droits de propriété intellectuelle, qui sont considérées séparément en raison de leur caractère à la fois exceptionnel et individuel (octroi par l'Etat de droits exclusifs à certaines personnes). Le chapitre IV concerne le champ d'application géographique du droit de la concurrence, y compris l'application des lois à l'étranger, et le traitement des pratiques commerciales restrictives ayant leur origine sur le territoire national et produisant des effets dans d'autres pays. Le chapitre V analyse les incidences de certaines dispositions des Accords du Cycle d'Uruguay ayant trait à l'état de la concurrence sur les marchés intérieurs ou à la portée, au champ et à l'application des lois sur la concurrence, et présente des suggestions pour l'action future.

Chapitre I

EXEMPTIONS

A. Aperçu général

9. Dans cette étude, le terme "exemption" est pris dans une acception générale et désigne : a) les dérogations et exceptions partielles ou totales à l'application du droit de la concurrence, qu'elles soient expressément prévues par ce droit ou qu'elles découlent des dispositions d'autres lois ou encore de la jurisprudence; b) les règles spéciales qui, bien que différentes des règles ordinaires de la concurrence, s'appliquent dans le cadre général de celles-ci; c) les exemptions "par catégorie" ou les exemptions individuelles décidées par les autorités chargées de la défense de la concurrence, par d'autres autorités publiques ou par les tribunaux, dans l'exercice de leur droit d'accorder des dérogations ou dans l'exercice de la règle de raison. Les exemptions ne constituent pas nécessairement des cas de non-application ou d'affaiblissement des principes de concurrence et d'efficacité, mais peuvent découler de l'application normale de ces principes aux aspects particuliers de certaines transactions d'importance mineure, de certaines pratiques ou activités (comme la recherche), de certains secteurs, de la propriété intellectuelle ou de certaines entités, y compris des entités liées aux pouvoirs publics. Elles peuvent également viser à accroître la "prévisibilité" des règles de concurrence applicables au secteur considéré. Le plus souvent, des exemptions sont accordées quand des circonstances particulières portent à croire que la concurrence ne garantirait pas l'efficacité sur le marché en question, ou quand des considérations socio-économiques ou politiques entrent en jeu (chômage, politique industrielle ou agricole, etc.). En pratique, la frontière peut être floue entre les exemptions visant à promouvoir l'efficacité et la compétitivité et celles qui sont accordées pour des raisons de politique industrielle.

10. Il n'est pas possible de déterminer l'importance réelle des exemptions en se fondant uniquement sur les textes législatifs. Il faut aussi tenir compte des mesures et techniques adoptées pour faire appliquer la loi, de la jurisprudence et des pratiques administratives. Une loi sur la concurrence peut très bien ne pas prévoir expressément d'exemptions, mais sa non-application (ou une application laxiste) peut avoir le même effet. Dans certains cas, les décisions prises après une analyse économique peuvent également équivaloir à des exemptions, en particulier si les autorités chargées de la défense de la concurrence ou les tribunaux ont un important pouvoir discrétionnaire. Les lois et les techniques d'application varient aussi en fonction du système juridique. Selon la "règle de raison" suivie par les Etats-Unis et d'autres pays (principalement des pays de la "common law"),

la plupart des pratiques (en dehors de celles, peu nombreuses, qui sont interdites a priori) sont condamnées uniquement si leurs effets anticoncurrentiels l'emportent sur leurs effets bénéfiques. Selon la démarche "prohibitrice" adoptée par la plupart des pays de droit romain, d'autre part, la législation de la concurrence proscrie en principe un certain nombre de pratiques, mais prévoit des exemptions dans des circonstances particulières; les autorités chargées de la défense de la concurrence sont habilitées à déterminer si telle ou telle pratique peut faire l'objet d'une dérogation, et ont parfois aussi le pouvoir d'accorder des exemptions par catégorie pour certaines pratiques ou certains secteurs. L'article 85 du Traité de Rome, par exemple, interdit les ententes, les décisions et les pratiques concertées qui nuisent au commerce entre les Etats Membres et qui restreignent ou faussent la concurrence. Elles peuvent cependant faire l'objet d'exemptions si elles contribuent à améliorer la production ou la distribution de biens, ou à promouvoir le progrès technique ou économique, si elles réservent aux consommateurs une part équitable du profit qui en découle, si elles n'imposent pas de restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs visés, et si elles ne donnent pas aux entreprises participantes la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie importante des produits considérés. Plusieurs exemptions par catégorie ont été accordées et l'octroi d'exemptions individuelles est également fréquent.

11. En pratique, les différences entre ces démarches sont moins grandes qu'il ne semble à première vue. En outre, on constate une tendance générale à l'application uniforme de la politique de la concurrence dans toutes les branches de l'économie. Un nombre croissant de pays n'accordent d'exemptions que dans les cas et dans la mesure où elles sont nécessaires à des fins réglementaires (d'après l'interprétation de la législation en vigueur), font une distinction entre les activités marchandes et les activités non marchandes et appliquent pleinement le droit de la concurrence aux premières, luttent contre les abus et cherchent à faire en sorte que la réglementation nuise le moins possible à l'efficacité économique et écarte dans toute la mesure possible les risques d'abus, compte tenu de l'évolution économique et technique. Il est désormais relativement rare que des secteurs entiers soient exemptés, et il reste souvent un domaine où les autorités chargées de la concurrence ont un rôle à jouer; l'octroi d'exemptions générales pour certaines activités dans un secteur donné peut être associé à la pleine application du droit de la concurrence ou à des exemptions limitées pour d'autres activités du même secteur. Au Chili, par exemple, la loi sur la concurrence ⁶ a abrogé toutes les lois et dispositions réglementaires ou administratives incompatibles avec elle, à l'exception des restrictions imposées ou autorisées par des lois antérieures concernant la propriété intellectuelle, la production et le commerce de pétrole, de salpêtre, d'iode et de cuivre, la création et l'exploitation d'entreprises publiques, les

activités bancaires, les transports, l'affrètement, le cabotage et quelques autres secteurs. Cela ne signifie non pas que le droit de la concurrence ne s'applique pas à ces domaines, mais que les restrictions particulières autorisées par des lois antérieures demeurent licites.

B. Exemptions de minimis et exemptions fonctionnelles

12. Les exemptions de minimis sont celles qui sont accordées pour des opérations auxquelles participent des entreprises dont le chiffre d'affaires ou la part de marché est inférieure à un certain seuil, quand on considère que ces opérations ne sont pas de nature à porter sensiblement atteinte à la concurrence. Les types d'exemptions varient, de même que les seuils qui peuvent parfois être fort élevés. Les exemptions fonctionnelles sont celles qui sont octroyées pour certaines activités, ayant généralement un caractère "horizontal". Dans l'application du droit français de la concurrence ⁷, par exemple, les ententes concernant les prix sont réputées anticoncurrentielles, mais peuvent être exemptées si les entreprises en cause ont en commun des biens ou des ressources, ou si elles commercialisent une création collective. Ces deux types d'exemptions sont prévus expressément ou autorisés en application de la règle de raison par de nombreuses lois sur la concurrence. Elles peuvent parfois être combinées, par exemple dans le cas de l'exemption de certaines activités de PME. La loi vénézuélienne ⁸, qui interdit les pratiques commerciales restrictives dans des termes analogues à ceux du Traité de Rome, exempte entre autres les activités concernant la normalisation, la recherche et la spécialisation. Des exemptions de minimis sont également accordées pour des activités concertées entre concurrents, lorsque ces activités ne touchent pas plus de 15 % du marché et que les entreprises participantes ont un chiffre d'affaires inférieur à une certaine somme.

13. Plusieurs lois permettent des dérogations pour les accords de spécialisation et de rationalisation, pour autant que chaque partie conserve sa liberté de déterminer les prix et les stratégies commerciales. En Allemagne ⁹, par exemple, les cartels ou autres ententes horizontales peuvent être autorisés pendant une période temporaire ou indéfinie pour permettre la rationalisation des activités en cas de crise, de dépression ou de récession dans un secteur donné, pour accroître le pouvoir de négociation de certaines PME par rapport à des fournisseurs ou acheteurs en position de force, ou pour d'autres raisons d'ordre économique ou d'intérêt public. En pareil cas, il faut cependant veiller à ce que les exemptions accordées altèrent le moins possible la concurrence. Les entreprises parties aux accords de rationalisation, par exemple, doivent démontrer que ces accords leur permettront de réorganiser utilement les activités économiques et d'accroître sensiblement leur efficacité ou leur productivité, partant de mieux satisfaire la demande. La restriction de la concurrence ne doit pas non plus être

disproportionnée par rapport à l'effet de rationalisation. Même après avoir été déclarés licites, ces accords (comme les autres ententes verticales autorisées) sont soumis à un contrôle pour éviter les abus et ne doivent pas enfreindre les principes régissant le commerce des biens et services qui ont été acceptés par l'Allemagne dans des conventions internationales. Au 31 décembre 1995, il y avait au Japon 55 régimes particuliers pour les cartels exemptés de l'application de la loi antimonopole, le nombre de régimes en vigueur a toutefois beaucoup diminué ces dernières années ¹⁰. Même dans les domaines où des exemptions sont accordées, la loi s'applique en cas de pratiques commerciales déloyales ou de restriction sensible de la concurrence entraînant une hausse injustifiée des prix.

14. Aux Etats-Unis, les coentreprises font l'objet d'un examen fondé sur la règle de raison (pour autant qu'elles ne soient pas de simples mécanismes destinés à faciliter les ententes). Si les deux parties pouvaient s'implanter indépendamment sur le marché, la coentreprise est considérée comme anticoncurrentielle; mais si ni l'une ni l'autre ne pouvait autrement accéder au marché, elle est considérée comme favorable à la concurrence. Il est expressément prévu par la loi que les coentreprises de recherche doivent être examinées selon la règle de raison, et qu'elles sont à l'abri de poursuites en triples dommages-intérêts à condition d'avoir été notifiées aux autorités chargées de la défense de la concurrence; en pratique, les coentreprises de recherche ont rarement enfreint les règles de la concurrence. Un traitement analogue est accordé aux coentreprises de production, pour autant que les principales installations soient situées aux Etats-Unis et que les parties soient des sociétés de ce pays ou de pays qui traitent équitablement les sociétés américaines en application de leurs lois sur la concurrence ¹¹.

15. Les règles de l'Union européenne relatives aux ententes horizontales sont sensiblement différentes de celles qui sont en vigueur aux Etats-Unis, mais les écarts sont moindres en pratique. Cela dit, on applique en Europe un régime plus discrétionnaire et plus souple aux restrictions horizontales et aux coentreprises, et l'on fait une plus large place aux considérations d'efficacité ainsi qu'aux impératifs de la politique industrielle. Des exemptions par catégorie sont prévues pour des accords concernant la normalisation, la spécialisation et la recherche. Ainsi, une exemption de cinq ans est accordée à la fois pour la recherche et pour l'exploitation conjointe de ses résultats, ainsi que pour les restrictions connexes, sous certaines conditions (en particulier, les parties ne doivent pas détenir plus de 20 % du marché considéré). Les cartels de crise sont également autorisés dans certains secteurs, à condition qu'ils aient pour objectif une réduction coordonnée de la surcapacité et qu'ils n'empêchent pas les sociétés intéressées de prendre librement des décisions. Les accords de coopération ¹² en général (et les restrictions connexes) peuvent être exemptés s'ils

satisfont aux conditions posées à l'article 85 du Traité de Rome, eu égard à leurs effets sur la concurrence entre les parties et à leurs répercussions sur des tiers.

16. Le droit de la concurrence de la République de Corée ¹³ interdit en principe les accords de collaboration entre entreprises s'ils restreignent sensiblement la concurrence dans une branche quelconque du commerce - ententes collusoires sur les prix ou d'autres conditions de vente, sur la capacité de production ou sur la production elle-même, sur le partage de la clientèle ou du marché, sur la spécialisation et sur l'exploitation en commun. Toutefois, les parties peuvent demander l'approbation préalable de la Commission et des exemptions peuvent être accordées si l'accord de collaboration proposé est jugé nécessaire pour rationaliser un secteur, pour remédier à une récession cyclique, pour faciliter la restructuration industrielle, pour améliorer la compétitivité de PME, pour promouvoir la recherche ou pour simplifier les opérations. L'autorisation peut être refusée si la collaboration va au-delà de ce qui est requis pour atteindre les objectifs visés, si les intérêts des consommateurs et d'autres entreprises risquent d'être indûment lésés, s'il y a une discrimination injustifiée entre les participants, ou si la participation ou le retrait sont subordonnés à des conditions excessives. En 1993, 95 cas de collaboration illicite, dont environ la moitié correspondait à des ententes sur les prix, avaient fait l'objet de mesures correctives ¹⁴. La Commission a fait preuve d'une grande modération en exerçant ses pouvoirs d'exemption : à la fin de 1993, seuls cinq cartels bénéficiaient d'une exemption ¹⁵.

C. Exemptions sectorielles

17. A la différence des exemptions fonctionnelles, les exemptions sectorielles s'appliquent à des secteurs déterminés, même si en pratique la distinction est floue. Les paragraphes suivants décrivent la situation dans le secteur primaire, puis dans l'industrie manufacturière et enfin dans le secteur tertiaire. On notera que la plupart de ces exemptions concernent le secteur primaire ou tertiaire; elles sont moins fréquentes dans l'industrie manufacturière, bien que certaines branches de ce secteur puissent être entièrement ou partiellement couvertes par des exemptions fonctionnelles, individuelles ou territoriales ou par des exemptions fondées sur la règle de raison.

18. L'agriculture et la pêche sont souvent exclues ou bénéficient de dérogations ou d'un régime favorable en vertu de nombreuses lois sur la concurrence. Certaines exemptions ont une portée générale, et d'autres ne s'appliquent qu'à certains produits. Il y a des exemptions qui nécessitent l'approbation d'un organe officiel, et d'autres qui sont automatiques.

Certains types de comportement peuvent être exemptés car ils sont autorisés ou réglementés par les lois applicables à un marché particulier, comme dans le cas des organisations nationales de marché. La création et les activités d'associations de producteurs et de coopératives, les cartels et la pratique des prix de vente imposés peuvent être exemptés dans une mesure plus ou moins large. L'Union européenne exempte les accords jugés nécessaires pour atteindre les objectifs de la Politique agricole commune, ainsi que les ententes formant partie intégrante des organisations nationales de marché. Les Etats-Unis autorisent la coopération entre les producteurs agricoles, y compris les ententes sur les prix, mais le gouvernement peut ordonner d'y mettre fin et l'immunité antitrust ne s'étend pas à la monopolisation (ni aux tentatives de monopolisation) par des coopératives se livrant à des activités prédatrices ou anticoncurrentielles. Des exemptions analogues sont prévues pour la pêche. Au Japon, les activités économiques des coopératives agricoles et des coopératives de pêche ne tombent pas sous le coup de la loi antimonopole. Dans la République de Corée, le droit de la concurrence s'applique à tous les secteurs hormis l'agriculture, la pêche et les industries extractives. En Zambie ¹⁶, l'interdiction de contingenter les ventes et la production ne s'applique pas aux ententes légales concernant la production et la vente de café.

19. Au Venezuela, d'autre part, des mesures ont été prises pour introduire la concurrence dans le secteur agricole, en dépit de problèmes particuliers dus à ce que le marché était caractérisé par des monopoles bilatéraux entre des industries de transformation concentrées et des associations de producteurs qui arrêtaient traditionnellement les prix, les contingents d'importation, les exemptions tarifaires et d'autres mesures avec le gouvernement. Compte tenu des monopsones existants, les associations de producteurs ne représentant pas plus de 15 % du marché considéré ont été autorisées à s'entendre sur les prix et à les négocier de façon concertée, et les producteurs ont été soumis à l'obligation de divulguer les prix qu'ils offraient (de façon à limiter la discrimination) ¹⁷. Des mesures de défense de la concurrence ont également été prises contre des monopoles qui distribuaient le sucre et qui faisaient le commerce du café et du cacao en garantissant des prix minimaux. De même, au Chili, l'organe chargé de la concurrence a dissout des associations créées pour la production et la commercialisation de farine de blé et de pain, ainsi qu'un monopsonne formé par des producteurs d'huile végétale pour acheter des produits agricoles ¹⁸.

20. Les exemptions totales ou partielles sont également fréquentes dans les industries extractives. Au Mexique, le monopole de l'Etat dans des domaines "stratégiques", notamment l'extraction de pétrole, d'autres hydrocarbures et de minéraux radioactifs, ainsi que dans les industries pétrochimiques de base, a pour effet d'exempter ces secteurs de l'application du droit de la

concurrence ¹⁹. Toutefois, cette exemption s'applique uniquement aux activités stratégiques réservées à l'Etat, et l'organe chargé de la défense de la concurrence est intervenu récemment à propos de l'octroi de concessions pour des stations d'essence par la société pétrolière nationale. Aux Etats-Unis, diverses branches du secteur de l'énergie sont contrôlées par des organismes qui réglementent notamment les tarifs et les acquisitions et doivent prendre en considération les impératifs de la concurrence; aucune exemption à l'application de la législation antitrust n'est autrement accordée à ces branches. L'Union européenne applique un régime spécial à l'industrie du charbon et à la sidérurgie (en application du Traité instituant la Communauté du charbon et de l'acier); la Commission européenne peut, dans certaines circonstances, continger la production et fixer les prix dans ces secteurs et les critères utilisés pour évaluer les effets anticoncurrentiels des fusions peuvent être moins stricts que ceux qui sont prescrits par le Règlement relatif au contrôle des opérations de concentration ²⁰.

21. Dans le secteur manufacturier, le Japon exempte certains produits pharmaceutiques et cosmétiques de l'interdiction d'imposer des prix de vente; ces exemptions toutefois sont supprimées progressivement. Au Royaume-Uni, les médicaments en général échappent à cette interdiction. Les secteurs liés à la défense font l'objet d'exemptions totales ou partielles dans plusieurs pays. Dans la République de Corée, outre que le droit de la concurrence permet des dérogations, des lois distinctes prévoient des programmes de rationalisation pour certaines industries en perte de vitesse et certains secteurs en plein essor, dont la durée ne peut pas excéder trois ans; les secteurs visés sont relativement peu nombreux.

22. Les activités relatives au travail et à l'emploi (activités syndicales) ne tombent généralement pas sous le coup du droit de concurrence, bien que certaines lois puissent s'appliquer à quelques cas précis. Dans le domaine de la distribution, la Commission européenne exempte les réseaux de distribution exclusive pour les automobiles; les restrictions autorisées sont toutefois en train d'être réduites. Les accords d'achat exclusif pour l'essence et autres combustibles destinés à être revendus dans certaines stations sont également exemptés. Le Japon permet aux membres d'associations de détaillants de se grouper pour créer des centres commerciaux, et autorise les ententes entre grossistes opérant sur les marchés centraux de denrées périssables. De nombreux pays accordent un traitement spécial aux médias et au secteur de l'édition; dans certains pays comme l'Allemagne, la République de Corée et le Royaume-Uni, l'interdiction frappant la pratique des prix imposés, par exemple, ne s'applique pas au commerce d'oeuvres littéraires. Bien que le droit japonais de la concurrence exempte aussi de cette interdiction les oeuvres protégées par des droits de reproduction, la dérogation sera limitée à l'avenir; la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales a

critiqué le système de fixation des prix et de vente en vigueur pour ces produits, y compris les disques compacts et les journaux, notant que les disques compacts fabriqués dans le pays étaient beaucoup plus chers que ceux qui étaient importés²¹ (signalons que dans certains pays, comme l'Allemagne, les sociétés percevant des droits de reproduction ne tombent pas sous le coup de l'interdiction frappant les ententes, la pratique des prix de vente imposés et la fixation de conditions commerciales).

23. Les services financiers, les assurances et le négoce des valeurs mobilières sont soumis à une réglementation détaillée, pour des raisons prudentielles, dans pratiquement tous les pays. Certains ont adopté des règles sectorielles en matière de concurrence, et d'autres accordent officiellement des dérogations, d'où parfois une application moins stricte de la loi dans ces domaines. Aux Etats-Unis, le secteur bancaire fait l'objet d'un régime antitrust analogue au régime ordinaire, mais les organes de tutelle des banques font preuve de tolérance en ce qui concerne les fusions si certaines conditions sont réunies. Une exemption est accordée aux activités d'assurance dans la mesure où elles sont réglementées et surveillées de près par les Etats de l'Union, mais elle ne s'étend pas aux fusions ni au boycottage collectif. L'Union européenne a accordé une exemption collective pour certaines catégories d'accords dans le secteur des assurances. Au Japon, certaines primes d'assurance dommages sont fixées par un groupement professionnel. Dans la République de Corée, les banques étaient naguère encore en grande partie exemptées de l'application du droit de la concurrence, mais elles sont désormais soumises à des règles plus strictes; le secteur des assurances bénéficie toujours de dérogations. En Inde, les banques et les compagnies d'assurance ne tombent pas sous le coup des lois sur la concurrence²² pour les questions qui font l'objet de dispositions spéciales dans la législation applicable à ces secteurs (seules les banques d'Etat sont soumises à ces lois).

24. Plusieurs pays accordent un certain degré d'immunité aux transports intérieurs (rail, route ou voies navigables). Les Etats-Unis exemptent de l'application de la loi antitrust les transporteurs et conférences maritimes, ainsi que les exploitants de terminaux maritimes, à condition que leurs accords soient notifiés. Les transporteurs maritimes ne peuvent pas pratiquer des prix prédateurs ou discriminatoires, et les conférences ainsi que les ententes entre celles-ci doivent être ouvertes à de nouveaux participants. Le Japon, exempte également les accords entre exploitants de navires qui portent sur les taux de fret ou d'autres conditions de transport, sauf si les intéressés utilisent des méthodes déloyales ou s'il y a une augmentation excessive des frais en raison d'une restriction sensible de la concurrence. L'Union européenne exempte, sous certaines conditions, plusieurs types de pratiques horizontales entre les membres de conférences maritimes, ainsi que

certaines accords entre celles-ci et des usagers des transports. Une exemption par catégorie est accordée sous réserve de certaines obligations visant à garantir la coexistence de conférences et de compagnies indépendantes. Ces dernières années, la Commission européenne a pris des mesures pour lutter contre le contingentement des cargaisons, les ententes sur les prix, les restrictions de capacité, les accords de non-concurrence et les pratiques exclusives de conférences ou compagnies maritimes pour le trafic entre l'Europe et l'Afrique²³ ou avec le Moyen-Orient. En se fondant sur le Code des conférences maritimes adopté par l'ONU, de nombreux pays en développement ont cherché à garantir 80 % du trafic de ligne à certaines compagnies nationales à chaque extrémité de l'itinéraire, en en laissant 20 % à des compagnies de pays tiers, mais depuis quelques années on assiste à une nette libéralisation. L'Allemagne, le Japon et les Etats-Unis exemptent également certains accords sur les prix, conclus entre les prestataires de services portuaires. Le secteur des transports aériens échappe en partie à l'application du droit de la concurrence dans de nombreux pays, bien que le degré d'exemption varie d'un Etat à l'autre et que plusieurs Etats aient entrepris de limiter ces exemptions. L'Union européenne exempte de l'application de l'article 85 1) du Traité de Rome certains accords concernant l'utilisation de systèmes de réservation informatisés, les horaires, l'exploitation conjointe de certains services ainsi que les consultations sur les tarifs et l'attribution de créneaux.

25. En ce qui concerne l'infrastructure et les réseaux, les activités qui comportent un élément de monopole naturel font généralement l'objet de régimes spéciaux dans la plupart des pays. Ces régimes peuvent être plus stricts que la législation de la concurrence à certains égards, et plus souples à d'autres. Les réseaux peuvent en même temps être soumis au droit général de la concurrence (en particulier aux dispositions concernant la lutte contre les abus), ou bien être partiellement ou totalement exemptés de son application. Dans l'Union européenne et aux Etats-Unis, les télécommunications tombent sous le coup de la plupart des lois sur la concurrence. Au Chili, comme suite à l'application du droit de la concurrence aux télécommunications et notamment au contrôle de l'intégration verticale de réseaux locaux et interurbains, une réglementation distincte a été adoptée en ce qui concerne l'octroi de concessions et les conditions que doivent remplir les concessionnaires. Au Royaume-Uni, les principaux accords dans le domaine de l'électricité, ainsi que certains accords relatifs au gaz et aux télécommunications, sont exemptés de l'application de la loi sur les pratiques commerciales restrictives, mais ces secteurs sont strictement réglementés par une législation spéciale. L'Union européenne va libéraliser le marché de l'électricité; les pays membres devront ouvrir les réseaux de distribution à des tiers et permettre aux consommateurs remplissant les conditions requises d'importer de l'électricité et de la revendre aux exploitants de réseaux, l'Etat pouvant cependant avoir

un seul acheteur d'électricité.

26. Pour déterminer dans quelle mesure un secteur est effectivement soumis aux disciplines de la concurrence, il faut prendre en considération non seulement le régime prévu par la législation, mais encore la réglementation en vigueur dans ce secteur (notamment en ce qui concerne les restrictions à l'entrée sur le marché, et les subventions faussant la concurrence). Ce n'est pas un hasard si de nombreux secteurs qui sont en partie exemptés du contrôle des pratiques commerciales restrictives (comme l'agriculture) sont largement réglementés et subventionnés par les pouvoirs publics. Malgré une tendance générale à la libéralisation et à la déréglementation ²⁴, de nombreuses restrictions ou subventions demeurent en vigueur. La situation est encore compliquée par le fait qu'une libéralisation partielle dans certains secteurs a été combinée à une application partielle du droit de la concurrence (c'est le cas pour certaines industries de réseau dans certains pays) et que les restrictions réglementaires imposées dans un secteur peuvent constituer une réponse à des restrictions applicables au même secteur dans d'autres pays. En Pologne, par exemple, plusieurs branches d'activité sont encadrées, notamment l'énergie, l'approvisionnement en eau, les télécommunications, les services postaux, les transports ferroviaires et l'industrie du sucre - la réglementation de cette dernière ayant été rendue nécessaire par la pratique suivie dans la plupart des pays de l'OCDE ²⁵. Bien qu'il n'ait que des possibilités limitées d'influer sur le marché, l'Office antimonopole intervient souvent dans ces secteurs, à la fois pour lutter contre les pratiques monopolistiques et pour encourager l'évolution structurelle grâce à l'introduction de certains facteurs de concurrence (par exemple, en insistant sur l'octroi de l'accès aux réseaux).

Chapitre II

APPLICATION AUX PERSONNES ET AUX ENTITES

A. Application générale à certains types d'entités

27. Le principe général inhérent à l'ensemble des lois relatives à la concurrence veut que les personnes physiques et les entreprises soient toutes soumises, sur un pied d'égalité et sans distinction, au droit de la concurrence. Ce principe est généralement assorti de certaines réserves. Différents types d'entités sont visés par des dérogations ou exemptions, ou par des dispositions prévoyant une application plus rigoureuse, en raison notamment de leur régime de propriété, de leur chiffre d'affaires, de leur part de marché, de leur structure ou de leurs liens avec des organismes gouvernementaux. Il peut s'agir, par exemple, des petites et moyennes entreprises (PME), des sociétés détenant un monopole ou une position dominante sur le marché, des entreprises d'un même groupe liées par leur régime de

propriété ou leur mode de contrôle, de corps de métier, de syndicats, de coopératives ou d'associations professionnelles. Cependant, certaines au moins des dispositions particulières visant de telles entités n'impliquent pas réellement un traitement différencié. Celles qui prévoient par exemple une surveillance plus stricte des pratiques des entreprises occupant une position dominante, ou une certaine souplesse à l'égard des PME, tiennent simplement compte du fait que le comportement de ces entreprises est plus ou moins susceptible (selon le cas) d'avoir des effets négatifs sur la concurrence. Il convient également de noter que la ligne de démarcation entre les dérogations visant des personnes et les autres types de dérogations reste floue : celles qui sont accordées pour des activités liées à l'emploi et celles en faveur des syndicats ont par exemple des effets similaires.

28. Certaines lois relatives à la concurrence exemptent expressément les PME. Au Japon, certains types d'ententes et de contrats conclus par ces entreprises font l'objet d'exemptions. En Allemagne, les accords entre PME prévoyant une coopération et des achats en commun, ainsi que les dispositions visant à remédier aux handicaps structurels des PME vis-à-vis des grandes entreprises, sont autorisés à certaines conditions; les PME ne peuvent pas être soumises à une discrimination; enfin, en matière de contrôle des fusions, la présomption d'emprise sur le marché est d'autant plus forte que plus des deux tiers du marché sont aux mains de PME. Les exemptions par catégorie accordées par l'Union européenne pour la distribution et les accords d'achat exclusif sans réciprocité ne s'appliquent à des fabricants concurrents que si l'un d'eux a un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions d'Ecus; comme dans le droit allemand, la plupart des accords conclus entre des PME dont la part de marché globale est inférieure ou égale à 5 % sont exemptés. D'autres législations en matière de concurrence, comme la loi mexicaine, ne font aucune distinction entre PME et grandes entreprises. Cependant, même lorsque les lois sur la concurrence ne contiennent pas de dispositions particulières concernant les PME, celles-ci peuvent bénéficier de fait d'un traitement favorable, parce qu'elles restent en deçà des seuils à partir desquels certaines procédures ou interdictions sont appliquées, ou parce que leurs activités sont considérées comme ayant un effet de minimis sur la concurrence. En revanche, les entreprises ayant un chiffre d'affaires ou une part de marché qui dépasse un seuil donné peuvent, dans de nombreuses législations relatives à la concurrence, être soumises à une surveillance particulière. Ainsi qu'il a été indiqué dans le chapitre précédent, cela peut simplement tenir au fait que des seuils doivent être dépassés avant qu'une enquête soit déclenchée concernant un abus de position dominante ou une fusion, ou avant qu'une présomption de position dominante soit établie; cependant, certaines dispositions d'une loi sur la concurrence peuvent viser uniquement les entreprises dominantes et, dans quelques pays, les autorités compétentes dressent des listes de ces entreprises.

29. Bien que la plupart des lois sur la concurrence ne fassent pas expressément état des pratiques des entreprises appartenant au même groupe, il semble de manière générale que, dans l'évaluation de tel ou tel cas, les sociétés constituant une seule et même unité économique bénéficieraient d'un traitement plus indulgent que des entreprises non apparentées. Les pratiques tant horizontales que verticales d'entreprises placées sous un contrôle commun sont généralement considérées comme légitimes, ce qui peut être également le cas de pratiques susceptibles par ailleurs de passer pour des abus de position dominante, en fonction de l'étroitesse des liens entre les entreprises concernées et des effets exercés sur des tiers. Inversement, des compagnies appartenant au même groupe sont normalement traitées comme une entreprise unique dans l'évaluation de la part de marché ou de la puissance commerciale, ou s'agissant de collusion. La loi en vigueur aux Etats-Unis considère qu'un groupe et une société affiliée entièrement contrôlée par celui-ci ne sauraient se concerter illicitement, car ils constituent une entité unique; cependant, il a été jugé qu'une société ayant une participation de 50 % dans une coentreprise s'était livrée à une monopolisation abusive en empêchant celle-ci de lui faire concurrence ²⁶. En France, le critère permettant de déterminer si des accords intragroupe sont exemptés dépend de la question de savoir si les membres du groupe bénéficient d'une autonomie commerciale ou non. Un critère plus restrictif est appliqué dans la réglementation de l'Union européenne : les accords intragroupe ne sont pas visés si, dans un cas donné, les sociétés en cause forment une unité économique dans laquelle la filiale n'est pas réellement libre de déterminer sa ligne de conduite sur le marché et si l'accord concerne uniquement la répartition interne des tâches à l'intérieur du groupe. Le droit jamaïquain de la concurrence stipule qu'un groupe de "sociétés apparentées" doit être traité comme une entreprise unique. La loi zambienne, qui interdit les abus de position dominante, ne fait pas expressément état des entreprises appartenant au même groupe, mais précise que cette interdiction s'applique aux fusions ou aux opérations de rachat entre deux entreprises "indépendantes" et à toute collusion entre des entreprises qui ne traitent pas l'une avec l'autre dans le cadre d'une entité commune, en étant placées sous un contrôle commun ou incapables par ailleurs d'agir indépendamment l'une de l'autre.

30. Les associations professionnelles, ou leurs activités, sont expressément visées par de nombreuses lois sur la concurrence (par exemple celles de l'Inde, du Kenya ou de la Zambie), et même lorsqu'elles n'y sont pas explicitement mentionnées, elles entrent en principe dans le champ d'application de ces lois. Cependant, certaines organisations professionnelles, ou certaines de leurs activités, peuvent bénéficier d'exemptions. La Commission japonaise des pratiques commerciales loyales a récemment publié des directives révisées en matière de concurrence

concernant l'évaluation du degré d'illégalité des activités d'associations professionnelles. Le droit de la concurrence de la République de Corée interdit aux associations professionnelles et à leurs membres de se livrer à des activités concertées injustifiables et à des pratiques commerciales déloyales; il est également interdit à ces associations de limiter le nombre des entreprises qui peuvent y adhérer et de restreindre de manière déraisonnable les activités commerciales de leurs membres. Les associations coopératives bénéficient d'un certain degré d'immunité dans plusieurs lois sur la concurrence, comme en Inde. Dans certains pays, les exemptions en faveur des associations professionnelles ou des coopératives peuvent aller de pair avec des exemptions visant les PME, celles-ci étant autorisées à adhérer à de telles associations pour négocier avec les grandes entreprises. Les syndicats sont, comme on l'a vu, généralement exemptés. Les activités de certains corps de métier et de leurs associations ne bénéficient pas, d'ordinaire, d'exemptions formelles dans les lois relatives à la concurrence, mais d'autres dispositions régissant les professions en question peuvent autoriser telle ou telle pratique : la politique suivie par plusieurs pays en la matière a traditionnellement été assez souple. Cependant, le principe consistant à exempter certaines professions est de plus en plus remis en question, et la législation tend désormais à autoriser uniquement les restrictions qui peuvent être dûment justifiées d'un point de vue professionnel. Au Venezuela, par exemple, des mesures ont été prises à l'égard d'ententes sur les prix entre agents de change et d'un appel à une action de boycottage lancé par l'association des pharmaciens ²⁷.

B. Application à des entités gouvernementales ou des personnes agréées par celles-ci

31. La plupart des lois sur la concurrence ne s'appliquent pas aux gouvernements lorsqu'ils agissent en vertu de leur droit souverain. Aux Etats-Unis par exemple, le gouvernement fédéral et les différents Etats ne sont pas soumis au droit de la concurrence. En revanche, la législation russe en la matière interdit aux organes du pouvoir et à l'administration d'adopter des dispositions réglementaires ou de prendre des mesures qui limitent l'indépendance des agents économiques ou exercent une discrimination entre ceux-ci, si elles ont pour effet de restreindre sensiblement la concurrence ou de léser les intérêts d'autres agents économiques ou de particuliers. Les actes prohibés comprennent par exemple les restrictions à la création de nouvelles entités économiques dans un secteur donné, ainsi que l'interdiction d'exercer certains types d'activité ou de produire certains types de marchandises (à moins que la loi n'en dispose ainsi) et les restrictions d'ordre géographique à l'achat et à la vente de marchandises dans la Fédération de Russie. La création d'organes gouvernementaux visant à monopoliser la production ou la vente de marchandises est interdite, de même

que les comportements anticoncurrentiels entre organes gouvernementaux ou à l'égard d'agents économiques. En vertu du droit chinois ²⁸, les collectivités locales et les services qui relèvent de celles-ci (mais pas le gouvernement central) n'ont pas le droit d'abuser de leurs pouvoirs administratifs pour contraindre des tiers à acheter les marchandises d'entreprises désignées, de restreindre les activités commerciales légales d'autres entreprises, ou de limiter l'accès des marchandises provenant d'autres régions du pays au marché local, ou l'acheminement de produits locaux vers des marchés situés dans d'autres régions du pays. Les règles de l'Union européenne relatives à la concurrence (qui ont un caractère supranational) répriment l'octroi par les pouvoirs publics d'aides qui faussent la concurrence et affectent les échanges entre Etats membres en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, ainsi que l'octroi de droits exclusifs aux fournisseurs de services publics, à moins qu'il ne s'agisse de services d'intérêt économique général ²⁹. En Pologne, l'Office antimonopole a commencé à mettre au point un système de contrôle et de surveillance des aides publiques. Dans certains pays comme le Japon ou le Mexique, une distinction est faite entre les actes souverains des gouvernements, qui échappent au champ d'application des lois sur la concurrence, et les actes dont ils sont responsables en leur qualité d'agents économiques ou dans le cadre d'activités relevant du droit privé, auquel cas lesdites lois s'appliquent.

32. Les entreprises publiques sont exclues du champ d'application de certaines lois relatives à la concurrence³⁰, mais dans la plupart des cas³¹, elles sont soumises aux mêmes règles que des firmes à capitaux privés : cependant, la question de savoir si telle ou telle activité est du ressort de la législation de la concurrence varie parfois selon les pays. Au Mexique, les entreprises publiques sont visées par le droit de la concurrence lorsqu'elles se livrent à des activités non stratégiques qui ne sont pas expressément considérées, dans la Constitution, comme relevant de la responsabilité de l'Etat. Dans la République de Corée, la Commission des pratiques commerciales loyales réalise chaque année une enquête sur les principales entreprises publiques, prend publiquement note de toute pratique commerciale déloyale de leur part et publie des directives en matière de prévention et d'inspection. Le droit chinois interdit expressément aux services publics de distribution et à d'autres monopoles de contraindre certaines entreprises à acheter les produits d'entreprises désignées afin d'empêcher des tiers d'exercer une libre concurrence. Même dans les pays où les entreprises publiques n'entrent pas dans le champ d'application de la loi, elles peuvent être tenues d'en respecter en principe les dispositions, comme au Royaume-Uni. Aux termes de l'article 90 du Traité de Rome, les entreprises publiques et les entreprises auxquelles les Etats membres ont accordé des droits spéciaux ou exclusifs sont soumises aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement de tâches particulières d'intérêt économique général, et à condition que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. La Commission européenne a publié des directives ou des décisions particulières à l'intention des Etats membres concernant l'application de cet article dans des secteurs tels que les télécommunications, les services postaux, l'énergie et le transport aérien.

33. Dans de nombreux pays, les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence ont pour mission de veiller à ce que les impératifs de la politique de concurrence soient pris en compte dans l'élaboration d'autres politiques ou dispositions réglementaires. Elles peuvent également présenter des observations à différentes autorités de contrôle, notamment celles qui sont responsables de la réglementation des branches d'activité fonctionnant en réseau, des entreprises de transport, des marchés publics, de la privatisation ou du commerce international. Cependant, ces observations ne sont pas toujours prises en considération, en particulier dans le secteur du commerce international. Dans certains pays, principalement dans le monde en développement et en Europe orientale, les autorités chargées de la concurrence ont des pouvoirs très étendus en matière de recommandations et de consultation. Dans la République de Corée, par exemple, les organismes relevant de l'administration centrale sont tenus de consulter la Commission des pratiques commerciales loyales avant d'adopter, de modifier ou de publier

toute disposition réglementaire ou mesure administrative qui risque de porter atteinte à la concurrence, c'est-à-dire qui donne lieu à des activités injustifiables de collaboration ou restreint le nombre d'entreprises dans un secteur donné. Au cours de la période allant de 1981 à 1993, il a été procédé à 897 consultations de ce type, dont 196 ont entraîné des rectificatifs ³². En Hongrie, le champ d'application de la loi sur la concurrence ³³ ne s'étend pas aux autorités gouvernementales, mais l'Office de la concurrence économique peut demander aux tribunaux d'examiner les décisions administratives contraires au libre jeu de la concurrence; en outre, les ministres doivent solliciter l'avis de cet organisme sur les propositions de loi qui auraient pour effet de restreindre la concurrence, concernant notamment les activités commerciales ou l'accès aux marchés, l'octroi de droits exclusifs ou la réglementation des prix et de la commercialisation. Le Président de l'Office est consulté dans les délibérations gouvernementales touchant les compétences de son organisme, et il peut demander à la Cour constitutionnelle d'abroger les règles qui portent atteinte à la fois à la Constitution et au libre jeu de la concurrence. Cependant, l'Office n'a aucune compétence légale lui permettant d'agir préventivement ou de demander des modifications dans les cas de privatisation d'entreprises en position monopolistique ou dominante.

34. L'immunité d'un Etat étranger ou d'entreprises publiques étrangères à l'égard du droit de la concurrence est fonction de la législation générale du pays concerné. Les actes qui sont le fait d'entités privées peuvent aussi être exemptés lorsqu'ils ont été autorisés par le gouvernement national. En Inde, les accords expressément autorisés en vertu d'une loi, ou ayant l'agrément du gouvernement central, ou auxquels le gouvernement est partie, ne sont pas consignés sur le registre des pratiques commerciales restrictives. Au Kenya, les pratiques directement et nécessairement associées à l'exercice de privilèges commerciaux exclusifs ou préférentiels conférés par le gouvernement échappent au champ d'application de la loi. Même en l'absence de dispositions explicites de ce type, il est probable que de nombreuses lois sur la concurrence ne seraient pas appliquées dans de telles circonstances. Cependant, elles le sont parfois dans le cas d'abus de position dominante ou d'autres atteintes à la concurrence, par exemple en Hongrie. En France, la conclusion d'un accord prescrit par un texte législatif ou une réglementation de l'Etat n'est pas visée par la loi, mais une législation qui réduit simplement les possibilités de concurrence, ou un simple encouragement de l'Etat, n'exclut pas l'application de la loi, notamment le contrôle des abus de positions dominantes découlant de la législation. Au Venezuela, les entités auxquelles le droit confère une position dominante sont soumises aux dispositions de la loi sur la concurrence, sauf disposition contraire des autorités de contrôle compétentes.

35. Aux Etats-Unis, les activités gouvernementales d'une entité souveraine étrangère jouissent également de l'immunité, mais tel n'est pas le cas des activités commerciales. Une plainte déposée contre les pays de l'OPEP concernant une majoration du prix du pétrole a par exemple été rejetée au titre de l'immunité souveraine : il a été jugé que le fait, pour un Etat, de définir les conditions d'extraction d'une ressource naturelle procédait de la nature même de la souveraineté et constituait une activité gouvernementale, les nations étrangères n'étant pas des "personnes" au sens des lois antitrust³⁴. La situation serait la même pour une entreprise publique étrangère. Selon la jurisprudence des "actes de gouvernement", les tribunaux peuvent également refuser de se prononcer sur la légalité des actes officiels de gouvernements étrangers agissant dans leur propre juridiction. Concernant les actes d'entités privées, ils échappent en vertu du même principe au champ d'application de la loi sur la concurrence s'ils sont prescrits par un Etat, ou s'ils sont commis dans le cadre d'une politique de l'Etat clairement définie ayant pour objet de supprimer la concurrence, pour autant que l'Etat surveille activement le comportement en question. Une immunité implicite au regard de la législation antitrust peut également résulter des procédures de règlement des différends prévues dans les lois relatives au commerce (qui peuvent comporter des ententes sur les prix et les quantités de la part des entreprises étrangères concernées), dans les cas où les mesures prises par les entreprises en cause sont conformes aux mesures prises par les pouvoirs publics en consignant des accords formels de suspension; cependant, les Directives pour l'application de la législation antitrust dans les opérations internationales soulignent que les ententes entre concurrents qui ne satisfont pas à la loi ou vont au-delà des mesures autorisées par celle-ci ne jouissent pas de l'immunité, indépendamment de la position ou de l'intervention de fonctionnaires des Etats-Unis ou d'un gouvernement étranger. Selon la doctrine Noerr-Pennington, des efforts déployés de bonne foi par des entités privées pour obtenir ou influencer l'action d'organismes gouvernementaux ne sauraient être mis en cause en vertu de la législation antitrust même si leur intention ou leur effet est anticoncurrentiel. L'immunité ne s'étend pas à un litige qui est objectivement infondé et vise à faire directement obstacle aux relations commerciales d'un concurrent en utilisant le processus gouvernemental (plutôt que son résultat) comme une arme anticoncurrentielle : cependant, cette disposition ne s'applique pas aux procédures administratives, telles que les actions engagées devant des tribunaux de commerce. Il est difficile de déterminer dans quelle mesure les démarches d'une entité privée auprès d'une autorité souveraine étrangère jouiraient de l'immunité, mais selon les Directives pour l'application de la législation antitrust, les organismes fédéraux compétents n'engageraient pas de poursuites en pareil cas. Une entreprise dont la conduite est dictée par un Etat étranger serait également à l'abri de cette législation, ce qui ne serait pas le cas si sa conduite était simplement autorisée ou facilitée par l'Etat en question.

36. Dans le droit de la concurrence de l'Union européenne, les règles applicables en la matière ne sont pas clairement définies : il est à noter toutefois que, dans une affaire de dumping présumé concernant des producteurs d'Europe orientale qui étaient des organes de leurs Etats respectifs ³⁵, l'argument de l'immunité souveraine a été rejeté. Les décisions prises dans le cas des comités armatoriaux franco-ouest-africains et de la conférence CEWAL ³⁶ donnent également à penser que, là où des entités privées demandent à une autorité souveraine étrangère de mettre en oeuvre des politiques limitant la concurrence en leur accordant des droits exclusifs, ces entités ne seraient pas à l'abri de l'application du droit européen de la concurrence, tant en ce qui concerne leur requête que les activités anticoncurrentielles qui en résultent. Cependant, lorsque des entreprises de l'Union européenne forment, après consultation de la Commission, des ententes visant essentiellement à rendre les mesures prises par celle-ci plus efficaces et plus faciles à surveiller, de telles ententes sont exemptées : tel a été le cas de contingents appliqués dans la sidérurgie ³⁷.

37. Plusieurs lois sur la concurrence excluent clairement de leur champ d'application les activités expressément approuvées ou prescrites par un traité ou un accord auquel le pays concerné est partie ³⁸ (l'on peut rappeler à ce propos qu'en vertu de son article 9.B, l'Ensemble de principes et de règles ne s'applique pas aux accords intergouvernementaux ni aux pratiques commerciales restrictives résultant directement de ces accords). Une telle disposition serait applicable par exemple dans le cas des accords restreignant le commerce auxquels des gouvernements pourraient adhérer, ainsi que dans celui de certains accords de produit. Cependant, même si la législation de la concurrence ne comporte pas une telle clause, il est peu probable que les autorités compétentes interviendraient en pareil cas au titre du contrôle des pratiques commerciales restrictives.

Chapitre III

EXEMPTIONS RELATIVES AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

38. Toutes les politiques de concurrence prévoient - explicitement ou non - des exemptions dans le cas de droits exclusifs inhérents à la protection de la propriété intellectuelle conférés par l'Etat, l'idée étant que ces droits justifient des restrictions qui, dans d'autres circonstances, seraient soumises à des contrôles. Certains pays jugent a priori légal d'imposer aux preneurs de licences des restrictions entrant dans le cadre des droits protégés, ou étroitement liées à ceux-ci. En Jamaïque, par exemple, des exemptions sont accordées aux personnes ou aux entreprises ayant des droits impartis ou reconnus par un droit d'auteur, un brevet ou une marque de commerce ou de fabrique et par tout arrangement que la Commission des pratiques commerciales loyales a autorisé³⁹. Même si les produits brevetés vendus par les négociants ne peuvent pas faire l'objet de prix de vente imposés, le détenteur du brevet peut fixer le prix des articles produits par le preneur ou le cessionnaire de la licence de brevet. Dans certaines lois sur la concurrence, des "listes blanches" des pratiques qui ne peuvent pas être mises en cause en vertu du droit de la concurrence ont été établies par le biais de textes législatifs, de directives administratives ou de la jurisprudence. Divers types de pratiques peuvent être ainsi exemptés : interdiction de recourir à la sous-cession de droits de licence, limitation du domaine d'utilisation (qu'il s'agisse du type d'utilisation, du domaine technique ou des marchés visés); restrictions sur les quantités, les territoires ou les clients possibles; clauses de rétrocession réciproque; limites de temps (pendant la durée de vie du droit de propriété intellectuelle); limitation, après l'expiration de l'accord, de l'utilisation du droit de propriété intellectuelle (pour en maintenir la validité) et du savoir-faire (qui doit rester confidentiel); et obligation de non-divulgation (dans le cas du savoir-faire).

39. Cependant, certaines lois ou directives relatives à la concurrence ne prévoient pas de dispositions explicites en la matière, ce qui peut susciter des incertitudes quant au traitement des droits de propriété intellectuelle (DPI) dans la législation applicable ou la politique suivie à leur égard. Ainsi, les Directives antitrust des Etats-Unis pour les licences de la propriété intellectuelle portent uniquement sur les questions de transfert de technologie et d'innovation liées aux brevets, droits d'auteur, secrets de fabrique et accords de savoir-faire, et non sur les questions relatives à la différenciation des produits, qui sont elles le plus souvent liées aux marques de commerce; les directives précisent néanmoins que les mêmes principes généraux antitrust s'appliquent également aux marques de commerce. Les directives en vigueur au Japon⁴⁰ ne s'appliquent qu'aux licences

concernant les brevets, les modèles d'utilité et le savoir-faire; cependant, les dispositions de la loi antimonopole exemptent les actes correspondant à l'exercice de droits visés par la loi sur le copyright. La loi japonaise sur la concurrence prévoit une exemption pour les articles protégés par le droit d'auteur, mais il est prévu de revoir cette disposition; la Commission des pratiques commerciales loyales a critiqué le système de fixation des prix et de vente de ces articles, notamment des disques compacts et des journaux, en faisant observer que les disques compacts produits localement étaient beaucoup plus onéreux que les disques importés ⁴¹ (il est à noter que dans certains pays comme l'Allemagne, les sociétés dépositaires de droits d'auteur ne sont pas soumises à l'interdiction de conclure des ententes, d'imposer des prix de vente et de prescrire des conditions commerciales).

40. Dans la plupart des lois sur la concurrence, les exemptions dont certaines pratiques bénéficient au titre des droits de propriété intellectuelle ne sont pas absolues. Parallèlement aux "listes blanches" mentionnées ci-dessus, certaines lois prévoient également des "listes noires" de pratiques proscrites a priori, à savoir : les pratiques qui ne peuvent nullement être assimilées à des droits conférés par les DPI, telles que le transfert de DPI d'importance secondaire ou sans valeur qui serviront de prétexte pour imposer des restrictions sur des produits ou marchés ne faisant pas l'objet de DPI; toute concession croisée de licences ou communauté de brevets entre des concurrents effectifs ou potentiels (aux Etats-Unis, le droit de la concurrence s'appliquerait à de telles pratiques si l'accord limite la concurrence entre les parties, fait obstacle à une concurrence éventuelle par des tiers ou confère un pouvoir de monopole créant un risque important au regard de la législation antitrust); les clauses de rétrocession unilatérale ou exclusive; les restrictions appliquées à l'expiration de l'accord sur l'utilisation d'un savoir-faire qui n'est plus confidentiel; et, dans certains pays, certaines ententes verticales restrictives, par exemple en matière de prix. Les directives japonaises interdisent la pratique consistant à imposer au Japon des prix de vente et de revente pour les produits protégés; cependant, le donneur de licence est autorisé à imposer des prix à l'exportation ou à limiter ou interdire les exportations s'il jouit d'un droit protégé dans le pays étranger, s'il a commercialisé le produit de manière continue sur ce marché ou s'il a cédé des droits exclusifs à un tiers.

41. Dans de nombreuses législations, même si aucune "liste noire" officielle n'a été établie, les types de pratiques autorisées sont limités par le principe selon lequel un DPI donne lieu à une exemption uniquement lorsque les restrictions en cause entrent dans son champ d'application. Selon le droit allemand de la concurrence, par exemple, les accords concernant l'acquisition ou l'utilisation de brevets, de modèles d'utilité ou de variétés de semences protégées (ainsi que les accords de savoir-faire ou de secret de fabrique,

suivant les cas) sont inopérants lorsqu'ils imposent des restrictions commerciales débordant le cadre du DPI. Cependant, les restrictions ayant trait aux types de DPI, à leur étendue, aux quantités visées, à la portée géographique ou à la durée de validité des droits sont expressément considérées comme entrant dans le champ d'application des DPI. Plusieurs autres types de restrictions sont acceptables dans la mesure où leur durée ne dépasse pas celle de l'accord; il s'agit notamment de restrictions sur le prix du produit protégé, des clauses de rétrocession non exclusive et de la limitation de la concurrence hors de l'Allemagne. L'autorité responsable de la concurrence peut également approuver une entente qui ne limite pas indûment la liberté du preneur de licence ou de toute autre entreprise, ni n'entrave physiquement la concurrence sur le marché par le volume des restrictions qu'elle impose. En outre, selon le principe de l'effet "inhérent", les exemptions appliquées en vertu de cette disposition aux droits "primaires" reconnus par les lois sur les brevets ont été étendues aux droits implicites qui ressortent d'une analyse économique.

42. En fait, la plupart des difficultés et des controverses sont nées de l'application de l'analyse économique à tout un éventail de pratiques ("listes grises") se situant entre ces deux extrêmes que sont la légalité manifeste a priori et l'illégalité pure et simple. Il est communément admis que le simple fait de détenir un DPI ne signifie pas en soi que l'intéressé exerce un monopole, car il peut y avoir des produits sensiblement équivalents. Mais il se révèle difficile de déterminer si des restrictions contractuelles ne correspondant pas aux droits directement conférés par le DPI découlent de ces mêmes droits, ou si elles ont au contraire un caractère abusif et permettent au détenteur des droits de faire ainsi obstacle à la concurrence, ce qu'il n'aurait pas pu faire en exploitant directement le DPI. La situation est encore plus complexe en ce qui concerne les restrictions prévues dans les accords de licence pour le savoir-faire ou les secrets de fabrique, car ceux-ci ne font généralement pas l'objet de droits exclusifs reconnus par l'Etat ⁴², et ne peuvent donc être protégés qu'au moyen d'un contrat (les incertitudes existant dans ce domaine ont toutefois été atténuées grâce à la publication de directives dans quelques législations). Par ailleurs, certains pays semblent peu désireux d'autoriser les restrictions découlant d'accords de licence, et ce au nom de l'équité et de la liberté d'action des preneurs de licences, et par crainte d'effets néfastes sur le transfert de technologie et l'incitation à innover. Des difficultés sont apparues en particulier dans les secteurs où la portée exacte des droits conférés par le DPI n'était pas clairement définie, et où les mesures adoptées par les pays, ou par les tribunaux d'un pays donné, semblaient diverger. L'un de ces secteurs est la protection des droits d'auteur et des secrets de fabrique de nouvelles technologies, par exemple de certains aspects des programmes informatiques; des problèmes de concurrence se sont posés à cet égard,

notamment dans les cas où des entreprises dominantes bénéficient de droits d'auteur protégeant certains éléments de programmes qui sont devenus la norme dans l'industrie. Des problèmes similaires risquent de se poser au sujet de l'étendue de la protection des bases de données et des réseaux d'information par le droit d'auteur, et de la protection des programmes informatiques et de la biotechnologie par des brevets.

43. On observe aussi des différences en ce qui concerne le degré d'exclusivité des droits de production, de vente, d'importation et de distribution conférés par les brevets. Selon le principe de la "première vente" aux Etats-Unis et celui de l'"extinction des droits" dans les lois de certains pays européens, une fois que le détenteur d'un droit a vendu un produit de marque ou un produit breveté, les acheteurs peuvent disposer librement de celui-ci. Cependant, des situations très diverses peuvent se présenter à cet égard. Dans plusieurs pays de droit romain (notamment l'Allemagne), il a été prévu que, pour assurer la libre circulation des marchandises, les droits de distribution exclusive attachés aux DPI seraient considérés comme automatiquement éteints une fois les produits distribués par le détenteur du droit ou avec son consentement, dans le pays même ou à l'étranger; si le détenteur du droit incorporait des conditions restrictives au contrat de vente ou de licence, leur validité serait uniquement fonction de la législation générale en matière de concurrence et ne s'étendrait pas aux titulaires d'une sous-licence. Ces dispositions ont récemment été modifiées dans une certaine mesure dans les pays de l'Union européenne; si le principe de l'extinction internationale des DPI continue de s'appliquer aux produits introduits sur le marché des pays membres, les détenteurs de DPI peuvent par ailleurs bloquer les importations parallèles provenant de pays tiers. Selon la législation de l'Union européenne, l'existence des DPI est protégée, mais le fait de les exercer pour empêcher l'importation parallèle en provenance d'autres Etats membres de marchandises garanties d'origine qui ont été mises sur le marché par le détenteur du droit ou avec son consentement (y compris par l'intermédiaire de filiales ou de preneurs de licence non apparentés) est contraire aux dispositions du Traité de Rome relatives à la libre circulation des marchandises, ainsi qu'au principe de l'extinction des droits. Au Japon, le principe de l'"extinction internationale des droits" est intégralement appliqué; dans une affaire récente concernant des brevets parallèles accordés en Allemagne et au Japon, il a été jugé que, le titulaire du brevet allemand ayant légalement cédé ses droits à l'acheteur légitime du produit breveté en Allemagne, il ne pouvait pas empêcher l'importation parallèle de ce produit au Japon ni, a fortiori, sa vente ⁴³.

44. En revanche, dans la plupart des pays du "common law", la vente ou la cession d'une licence par le détenteur des droits dans un pays donné ne libère le produit qu'en l'absence de conditions restrictives dans l'accord (de telles

conditions étant du reste assujetties au droit de la concurrence). Les ventes ou licences successives sont également soumises à ces conditions, même si les contrats correspondants ne les incluent pas expressément : selon le principe de la "licence implicite", le titulaire d'une sous-licence ne peut pas acquérir un droit plus favorable que celui que possédait initialement le preneur de licence. Dans une affaire jugée au Kenya, par exemple, le tribunal a estimé qu'un distributeur local ne pouvait pas importer au Kenya le produit pharmaceutique en cause, en raison de restrictions territoriales imposées par le titulaire britannique du brevet au preneur de licence des Etats-Unis auquel le distributeur avait acheté ce produit ⁴⁴. Cependant, selon la législation des Etats-Unis, les règles de la concurrence peuvent être appliquées aux restrictions de ce type si elles portent atteinte au commerce d'exportation. Dans l'affaire Pilkington par exemple, le Ministère de la justice des Etats-Unis a entamé une procédure contre les restrictions touchant l'exploitation de licences de fabrication de verre flotté, qu'une société britannique avaient imposées aux preneurs de licence américains, en limitant le domaine d'utilisation géographique et technologique de la licence et la cession de sous-licences, et en exigeant la rétrocession de toute amélioration, ce qui semblait entraver à la fois l'importation de verre aux Etats-Unis et son exportation hors du pays ⁴⁵ (le Gouvernement du Royaume-Uni a estimé qu'il n'avait pas été clairement établi que la décision prise en l'espèce pourrait avoir un effet favorable sur la concurrence sur le marché intérieur d'autres pays que les Etats-Unis, ni que les arrangements conclus entre la société Pilkington et les titulaires des sous-licences avaient sensiblement limité la concurrence sur les marchés en question) ⁴⁶. S'agissant des importations aux Etats-Unis mêmes, il est interdit d'importer des produits étrangers fabriqués au titre d'une licence provenant du propriétaire d'une marque des Etats-Unis; cependant, l'importation parallèle de produits de marques dont les propriétaires étrangers et nationaux sont les mêmes, ou sont des sociétés du même groupe, est tout à fait légal, car ils font l'objet d'un "contrôle commun" ⁴⁷. Dans le cas de produits brevetés, le principe de l'extinction s'applique uniquement lors de la première vente aux Etats-Unis, mais non lorsque le produit a été obtenu dans un pays tiers, même s'il fait l'objet d'un brevet parallèle à l'étranger.

45. Selon la législation des Etats-Unis, le titulaire d'un brevet peut désigner les territoires dans lesquels ses preneurs de licence peuvent vendre un produit breveté - ce qui ne serait pas autorisé dans le cas de produits non brevetés - et des territoires exclusifs peuvent être attribués à chaque preneur de licence. La fixation concertée des prix entre concurrents dans le cadre d'une licence d'exploitation de brevet pour un produit donné est en principe autorisée, mais il y a d'importantes exceptions à cette règle. Les restrictions horizontales limitant les domaines d'utilisation sont acceptables à condition d'être imposées à un seul preneur de licence;

cependant, l'attribution à plusieurs licenciés de licences prévoyant un domaine d'utilisation exclusif peut susciter des problèmes, de même que la limitation par le donneur de licence du domaine d'utilisation des produits fabriqués à l'aide d'une machine ou d'un procédé breveté. Les Directives antitrust pour les licences de propriété intellectuelle admettent que le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle n'exerce pas nécessairement une emprise sur le marché et que la position de force qu'il peut avoir ne l'oblige pas à céder la licence d'exploitation du droit en question. Cependant, l'acquisition ou le maintien d'une position de force sur le marché dans des conditions illégales, ou un comportement déraisonnable lié à la détention d'un droit de propriété intellectuelle, sont considérés comme portant atteinte à la concurrence. L'existence d'une relation horizontale (par exemple dans le cas où, sans la licence, les parties seraient des concurrents effectifs ou potentiels) n'est pas intrinsèquement suspecte, mais offre aux autorités plus de possibilités d'engager une action. Pour déterminer si une restriction doit être considérée comme une infraction a priori ou si elle présente un caractère raisonnable, il faut évaluer dans quelle mesure elle est susceptible de contribuer à une intégration plus efficace de l'activité économique, en permettant plus facilement de combiner la propriété intellectuelle avec des facteurs complémentaires de production. La notion de "caractère raisonnable" appliquée à la propriété intellectuelle sera examinée de la même façon que dans le cas d'autres formes de propriété, bien que les facteurs spécifiques intervenant en l'occurrence (par exemple le fait que la propriété intellectuelle peut être aisément détournée, ou l'importance du marché de la technologie ou des innovations dans ce domaine) soient pris en compte. Ainsi, même si les principes applicables à l'attribution de droits exclusifs aux preneurs de licence, ou à la répartition de ces droits entre les intéressés, sont similaires à ceux qui s'appliquent aux ententes verticales restrictives non liées à la cession de licences, le fait qu'on peut aisément s'approprier la propriété intellectuelle justifie certaines restrictions qui, sans cela, seraient interdites. Une zone de sécurité a été définie, à l'intérieur de laquelle le Ministère de la justice ne conteste généralement pas les aspects restrictifs d'une licence tant que ceux-ci ne sont pas "manifestement anticoncurrentiels"⁴⁸, à condition que la part globale détenue par les parties sur chaque marché touché de manière significative ne soit pas supérieure à 20 %.

46. Dans la législation de l'Union européenne, les clauses d'exclusivité figurant dans les accords de licence sont soumises à une analyse économique. Divers facteurs entrent en ligne de compte pour déterminer si elles sont admissibles, notamment la question de savoir si elles ont un caractère "ouvert" (n'affectant pas la position de tiers, tels que des importateurs parallèles et des preneurs de licence intervenant sur d'autres territoires), si elles concernent de nouveaux procédés, si elles s'avèrent nécessaires pour

fournir une juste rémunération aux bailleurs de licence ou pour encourager la concurrence entre différentes marques, si d'autres caractéristiques générales du secteur ou du procédé concerné doivent être prises en considération et si la durée d'application des clauses en question n'est pas excessivement longue ⁴⁹. L'acquisition par une entreprise ayant une position dominante sur le marché d'une licence exclusive d'exploitation de brevet concernant un procédé exceptionnellement efficace et crucial pour la production est considérée comme abusive si l'entreprise vise ainsi à étendre sa suprématie technologique et à empêcher des concurrents d'accéder à la seule technologie rivale équivalente, à moins que les risques pris par ladite entreprise pour perfectionner la technologie faisant l'objet de la licence n'exigent l'exclusivité ⁵⁰. L'Union européenne a récemment adopté des directives relatives aux licences de brevet, aux licences de savoir-faire et aux licences mixtes, contenant des listes des différents types de pratiques qui font l'objet d'exemptions (principalement les licences exclusives et les interdictions d'exporter), qui sont acceptables dans la mesure où elles ne font pas l'objet d'une procédure d'opposition de la Commission européenne ou qui sont purement et simplement interdites; les avantages de l'exemption par catégorie peuvent être retirés dans certaines circonstances, telles que l'absence de concurrence effective entre marques, notamment lorsque la part de marché du licencié dépasse 40 % ⁵¹. En général, l'on ne considère pas que l'emprise sur le marché découle simplement de la possession d'un DPI, ni qu'il y a eu abus de position dominante si la pratique incriminée est inhérente à l'"objet spécifique" et à la "fonction essentielle" du DPI. Le simple fait de refuser d'accorder une licence d'exploitation pour un DPI n'est pas en soi un abus, non plus que le fait d'empêcher des concurrents de fabriquer, de vendre ou d'importer des produits incorporant le DPI sans un agrément préalable. Cependant, le refus arbitraire de fournir des pièces de rechange ou d'en poursuivre la production, ou l'application de prix inéquitables à ces pièces, sont considérés comme abusifs ⁵² (la portée et la durée de la protection des modèles industriels de pièces de rechange pour automobiles font actuellement l'objet d'une controverse dans l'Union européenne). Dans des cas exceptionnels, le refus de concéder une licence peut être assimilé à un abus lorsqu'il a pour effet d'empêcher l'innovation en matière de produits et d'exclure toute concurrence sur les marchés situés en aval et les activités du détenteur du droit ne justifient pas un tel refus ⁵³. Dans les accords de licence, les clauses limitant les exportations à destination de pays ne faisant pas partie de l'Union européenne sont autorisées dans la mesure où elles ne portent pas atteinte au commerce à l'intérieur du marché commun. Dans l'ensemble, par rapport à la législation des Etats-Unis, les règles de l'Union européenne en matière de concurrence semblent prévoir un contrôle plus strict de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle dans le marché commun. Cela dit, les deux législations présentent plus de similitudes que de différences, ainsi que l'a montré la procédure commune lancée à l'encontre d'une société de logiciels

occupant une position dominante sur le marché qui recourait à des clauses de prix en matière de licences et à des accords de secret de fabrique ou de confidentialité pour entraver la concurrence ⁵⁴.

47. Les lois sur la concurrence des pays en développement et des pays en transition prévoient généralement certaines formes d'exemption pour les DPI, mais l'expérience de leur application est trop limitée pour que leur portée puisse être clairement définie. La loi vénézuélienne ne fait pas expressément état des DPI, mais des directives précisent que l'imposition ou l'établissement de limites à l'acquisition ou à l'utilisation de DPI, y compris les connaissances techniques, peuvent faire l'objet d'un agrément préalable de la part de l'organisme chargé de faire respecter le droit de la concurrence. Dans la législation indienne, aucune mesure ne peut être prise à l'égard de pratiques commerciales monopolistiques ou restrictives pour limiter le droit revenant à chacun d'empêcher toute violation de brevet ou d'assortir une licence de brevet de conditions visant les actes qui, sans la licence, constitueraient une violation de brevet; il faut pour cela que le brevet ait été délivré en Inde. L'interdiction d'imposer un prix de vente s'applique aux articles visés par un brevet ou une marque. La loi polonaise relative à la concurrence ⁵⁵ ne restreint pas les DPI, mais s'applique aux contrats de licence et aux autres dispositions concernant l'exercice de ces droits. La question des licences a fait l'objet de directives distinctes ⁵⁶ qui suivent l'orientation générale de la réglementation correspondante de l'Union européenne. Les clauses figurant dans les contrats de licence sont divisées en deux catégories : celles qui sont autorisées et celles qui peuvent être soumises à un contrôle en vertu de la loi sur la concurrence. Parmi celles qui peuvent être interdites, il convient de mentionner les clauses de non-concurrence, les clauses d'exclusivité territoriale et les restrictions sur les prix ou les volumes d'exportation. Le droit de la concurrence de la République de Corée exempte les activités assimilables à l'exercice de droits accordés en vertu des lois relatives à la propriété intellectuelle; cependant, ainsi qu'il est mentionné ci-dessus, un avis public est rendu dans le cas de pratiques potentiellement déloyales relevées dans les contrats internationaux, y compris les licences de propriété intellectuelle et de technologie.

Chapitre IV

CHAMP D'APPLICATION GEOGRAPHIQUE

48. Toutes les lois relatives à la concurrence sont applicables sur le territoire du pays qui les a adoptées, conformément au principe de la territorialité. Certaines d'entre elles sont également appliquées en dehors des frontières nationales, mais les doctrines et pratiques juridiques invoquées à cet effet sont très différentes. Certains pays se prévalent, sous certaines conditions, de leur compétence territoriale "objective" pour exercer leur juridiction sur des pratiques qui ont leur origine à l'étranger mais qui sont exercées sur le territoire national, que des filiales locales soient utilisées ou non pour entrer en contact avec les acheteurs sur place. Dans l'affaire célèbre dite de la pâte de bois⁵⁷, la Cour européenne de justice a invoqué le principe de la territorialité objective pour exercer sa juridiction sur les membres étrangers d'un cartel de vente extérieur, présent sur le marché de l'Union européenne; toutefois, cette décision a depuis été annulée pour d'autres motifs. Il reste que le règlement de l'Union européenne relatif aux opérations de concentration s'applique aux fusions de sociétés étrangères si leur chiffre d'affaires dépasse un certain seuil dans les pays membres, que ces sociétés soient matériellement établies ou non dans l'Union européenne; de plus, les fusions réalisées à l'étranger entre de grandes compagnies de pays tiers sont souvent examinées par la Commission.

49. En vertu de la "théorie des effets", le droit américain de la concurrence applique le principe de la compétence *rationae materiae* aux "pratiques étrangères destinées à avoir et ayant effectivement des effets sensibles aux Etats-Unis"⁵⁸. Sont notamment visées certaines pratiques en matière d'importation⁵⁹, les pratiques ou fusions à l'étranger qui ont un effet "direct, notable et raisonnablement prévisible" sur les importations ou le commerce des Etats-Unis, les pratiques restreignant les exportations et les pratiques commerciales restrictives entravant le financement ou l'achat par le Gouvernement des Etats-Unis de biens ou de services à l'étranger. Par exemple, la prise de participation d'une société britannique de télécommunications au capital d'une entreprise américaine de communication, jointe à la création d'une coentreprise proposant des services mondiaux de télécommunication, a été bloquée dans un premier temps par le Ministère de la justice au motif que les compagnies britanniques auraient un avantage déloyal par rapport aux compagnies américaines, les premières ayant plus facilement accès au réseau britannique de télécommunications que les secondes, et qu'une augmentation du prix des télécommunications internationales, en résulterait; l'opération a été finalement autorisée lorsque les parties se sont engagées à publier les tarifs ainsi que les modalités et conditions d'accès au réseau britannique, et ont accepté des dispositions visant à prévenir toute

discrimination contre les sociétés américaines de télécommunications dans l'offre de services internationaux ⁶⁰. L'attitude des Etats-Unis, qui se prévalent de la doctrine des effets pour exercer une juridiction extraterritoriale, est contestée par le Royaume-Uni qui s'inquiète également de ce que les pays utilisent leur politique de la concurrence pour promouvoir leurs intérêts commerciaux ⁶¹. Toutefois, le principe de la courtoisie internationale veut que les Etats-Unis déclinent la compétence lorsqu'il existe un "véritable conflit" entre leur droit et celui du pays étranger considéré, car se conformer au droit américain reviendrait à enfreindre le droit de l'autre pays (le simple encouragement ou la simple acceptation d'un comportement anticoncurrentiel par un gouvernement étranger n'est pas suffisant). La compétence extraterritoriale est également déclinée si le principe de l'immunité de l'Etat souverain, l'acte de gouvernement ou la notion de conduite imposée par des autorités étrangères souveraines (exclusivement sur leur territoire) peuvent être invoqués comme moyens de défense; les organismes de l'administration fédérale des Etats-Unis chargés de la concurrence tiennent aussi compte des accords ou arrangements de coopération conclus avec leurs homologues étrangers avant de décider d'engager ou non des poursuites.

50. Signalons également qu'en vertu de l'article 301 de la loi de 1974 relative au commerce des Etats-Unis (United States Trade Act), des mesures commerciales peuvent être prises contre toute marchandise provenant d'un pays qui porte préjudice aux intérêts commerciaux des Etats-Unis en tolérant les activités anticoncurrentielles auxquelles se livrent systématiquement, dans le pays en question, des sociétés qui restreignent les achats de biens ou services provenant des Etats-Unis. Une plainte adressée en application de cette disposition au représentant commercial des Etats-Unis - selon laquelle le Gouvernement indonésien définissait des objectifs pour l'exportation des produits du bois, encourageait l'intégration verticale des activités d'exploitation forestière et de transformation, ne favorisait pas la concurrence dans l'industrie forestière et ne protégeait pas les intérêts des consommateurs - a été rejetée; une autre plainte, selon laquelle l'accès au marché japonais des métaux amorphes était barré par la fixation d'objectifs et la tolérance de pratiques commerciales restrictives, a été finalement retirée après la conclusion d'un accord prévoyant notamment l'achat par des sociétés japonaises de métaux produits aux Etats-Unis ou sous licence de la société américaine plaignante ⁶². D'autres dispositions de la loi de 1974 peuvent s'appliquer en matière de concurrence; une enquête ouverte en vertu des dispositions de cette loi relatives aux marchés publics a abouti à la conclusion que la politique d'achat du Gouvernement japonais dans le secteur du bâtiment et des travaux publics limitait la concurrence et favorisait les soumissions collusoires. Un lien intéressant a également été établi aux Etats-Unis entre les politiques relatives à la concurrence, au commerce et à

l'investissement; comme il est noté au chapitre II, les coentreprises de production jugées anticoncurrentielles ne sont exemptées du versement de dommages-intérêts au triple que si leurs principales installations de production sont situées aux Etats-Unis.

51. En Allemagne, la théorie des effets est également appliquée aux affaires de concurrence, mais son application est pondérée par les principes du droit international public ou privé qui autorisent des contacts raisonnables entre les intéressés et préconisent la non-ingérence. C'est ainsi que le droit allemand de la concurrence ne s'applique pas aux fusions réalisées à l'étranger lorsque leurs incidences sur le marché allemand sont relativement minimes par rapport à leurs effets à l'étranger; quoi qu'il en soit, les autorités ne se préoccupent que du volet de l'opération ayant des effets "concrets" sur le plan intérieur (fusion de filiales locales) ⁶³. Il reste que toute fusion à l'étranger doit faire l'objet d'une notification préalable si elle a des effets perceptibles et directs sur le marché allemand (même si les sociétés concernées n'ont pas de filiales locales) ⁶⁴. Toutes les législations de la concurrence récemment adoptées ou révisées par les pays de l'Union européenne interdisent la conclusion d'accords, y compris à l'étranger, ayant pour objet ou effet d'entraîner des distorsions de la concurrence ou des abus de position dominante sur les marchés nationaux; les tribunaux français, par exemple, appliquent ce type de dispositions ⁶⁵. L'Australie, le Brésil, le Canada, le Chili ⁶⁶, le Pérou, la Pologne, la République slovaque et la République tchèque ont également adopté la théorie des effets dans leur législation. Le droit de la concurrence de la République de Corée s'applique aux pratiques déloyales employées dans les contrats internationaux, où qu'elles se produisent ⁶⁷. Par contre, au Royaume-Uni, la législation n'est appliquée qu'aux personnes exerçant des activités dans ce pays; la décision d'engager des poursuites est prise de manière discrétionnaire, en tenant compte des vues du Gouvernement britannique sur l'étendue de la compétence des Etats en vertu du droit international. Dans la législation indienne, toute personne prenant part à des pratiques restrictives mais n'exerçant pas d'activité commerciale sur place peut être mise en demeure de cesser ses agissements en Inde. Toutefois, la législation en vigueur dans la plupart des pays en développement n'aborde pas, en général, la question de son applicabilité à l'étranger et les exemples sont encore rares dans ce domaine.

52. Si le principe de la territorialité objective et la théorie des effets permettent, dans de nombreux cas, de se prévaloir, avec les mêmes résultats, d'une compétence extraterritoriale, certaines pratiques exercées à l'étranger - telles que les cartels d'importation ou le refus concerté d'acheter à des exportateurs étrangers ou d'approvisionner des importateurs étrangers - peuvent échapper à l'application du premier mais être combattues en vertu de la seconde. Des différences peuvent également exister entre les

législations de la concurrence du point de vue de leur applicabilité et de leur application à l'étranger, selon l'étendue de la compétence personnelle invoquée. Plusieurs pays font appel à la théorie de "l'unité de l'entreprise" pour justifier l'exercice de leur juridiction sur les maisons mères, sises à l'étranger, de sociétés transnationales, lorsqu'elles exercent un degré suffisant de contrôle sur leurs entreprises affiliées locales. Aux Etats-Unis, une action en violation de la législation antitrust peut être intentée contre une société étrangère effectuant des transactions commerciales dans n'importe quel arrondissement judiciaire par le biais d'un agent ou d'une société affiliée qui est son "alter ego", sous réserve qu'un minimum de contacts soient entretenus avec les Etats-Unis afin de garantir une procédure régulière ⁶⁸; les Etats-Unis peuvent également exercer leur juridiction sur les activités menées à l'étranger par des filiales étrangères de sociétés américaines (activités considérées à cette fin comme étant le fait de ressortissants des Etats-Unis). D'autres différences peuvent exister entre les diverses législations de la concurrence sur les points suivants : l'importance ou la nature des effets sur les marchés nationaux justifiant l'exercice de la compétence extraterritoriale; l'interdiction de pratiques commerciales restrictives menées à l'étranger qui ont des effets sur les exportations; la nature et la portée des éventuels principes juridiques ou politiques de répression prévoyant la prise en considération des intérêts étrangers dans l'application extraterritoriale de la législation; la volonté d'intervenir lorsque la solution des problèmes dépend d'une action exercée en dehors du territoire national; la fréquence des poursuites privées engagées; les méthodes suivies pour rassembler des preuves; et la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts au triple. Les sociétés recourent de plus en plus aux nouvelles techniques de télécommunication pour se livrer à des pratiques commerciales restrictives au-delà des frontières, ce qui devrait accroître la complexité et la disparité des instruments juridiques adoptés dans ce domaine.

53. Quel que soit le champ d'application théorique de la législation de la concurrence, il est souvent difficile de la mettre en oeuvre dans d'autres pays, voire même sur le territoire national, lorsque des preuves doivent être obtenues de l'étranger. La tâche est particulièrement ardue pour les pays en développement et les pays en transition, vu leur manque de moyens et d'expérience dans ce domaine et du fait que les sociétés sises à l'étranger ne possèdent pas forcément dans ces pays des avoirs pouvant faire l'objet de poursuites. Même si des pays en développement et des pays en transition ont adopté des dispositions juridiques analogues à celles qui sont en vigueur dans certains pays développés, le champ d'application de leur législation est donc sensiblement limité dans les faits - alors même que d'autres pays peuvent se déclarer compétents sur leur territoire. Il convient de noter à cet égard que, malgré les dispositions du paragraphe 4 de la section E de l'Ensemble de principes et de règles ⁶⁹, aucune loi sur la concurrence n'est appliquée pour

contrôler les pratiques commerciales restrictives qui sont suivies sur le territoire national mais n'ont d'effets que sur des marchés étrangers. Des dérogations au droit de la concurrence sont expressément prévues dans la législation de plusieurs pays pour les coentreprises ou cartels d'exportation, mais les "retombées" de ces cartels sur la concurrence intérieure sont examinées de près. Dans certains pays, une exemption n'est accordée que si l'accord d'exportation a été officiellement notifié aux autorités compétentes en matière de concurrence. Ces accords restent normalement confidentiels, même s'ils ont été notifiés. L'Australie et la Nouvelle-Zélande ont néanmoins supprimé les exemptions pour les cartels d'exportation préjudiciables à leur commerce bilatéral. La législation de l'Union européenne en matière de concurrence s'applique également à tout cartel d'exportation établi dans des pays membres qui a des effets sur d'autres pays membres.

54. Bien que les législations de la concurrence s'appliquent normalement aux cartels d'importation ou à d'autres pratiques commerciales restrictives portant sur les importations, on peut tenir compte dans certains pays des pratiques étrangères pour décider d'engager ou non des poursuites. La législation allemande peut autoriser les cartels d'importation si les importateurs se trouvent face à des fournisseurs étrangers ayant une position dominante sur le marché et si la concurrence intérieure n'est pas sensiblement restreinte. D'autres pays ont accordé des dérogations à des centrales d'achat, afin de contrebalancer l'emprise de fournisseurs étrangers d'acide sulfurique au Royaume-Uni, de soufre en Australie ou de films en Suède. Des poursuites peuvent toutefois être engagées dans certains pays exportateurs contre ces centrales d'achat; des cartels d'importation établis à l'étranger pour faire contrepoids à des associations protégées par la loi Webb-Pomerene ont été poursuivis en application de la législation américaine de la concurrence ⁷⁰.

55. Il existe néanmoins plusieurs accords bilatéraux (principalement entre pays développés) ou recommandations de l'OCDE prévoyant différentes formes de coopération dans ce domaine, qui peuvent faciliter l'application du droit de la concurrence ou réduire les conflits dans les cas de pratiques commerciales restrictives ayant des effets dans plus d'un pays. Les Etats-Unis ont ainsi conclu des accords avec l'Australie ⁷¹, le Canada ⁷², l'Allemagne ⁷³ et la Commission européenne ⁷⁴; l'Australie a également conclu un accord de coopération avec la Nouvelle-Zélande, et l'Allemagne avec la France ⁷⁵. La République tchèque, la Hongrie, la République slovaque et la Pologne se sont aussi engagées, dans les accords de commerce et de coopération signés avec l'Union européenne, à adopter et à appliquer en matière de concurrence une politique et des règles analogues à celles de la Commission européenne, et à coopérer sur cette base ⁷⁶. Des dispositions similaires figurent dans l'accord de libre-échange que l'Union européenne a conclu avec la Suisse, dans l'accord sur l'Espace économique européen passé avec l'Islande, la Norvège et le

Liechtenstein, ainsi que dans les accords euroméditerranéens conclus avec Israël ⁷⁷ et avec la Tunisie (des accords euroméditerranéens sont en cours de négociation avec d'autres pays). L'ALENA contient des dispositions du même genre, mais moins ambitieuses ⁷⁸. Avec quelques différences (selon la nature de l'accord considéré), ces instruments prévoient notamment : la notification des activités d'application; l'engagement de tenir compte des intérêts importants de l'autre partie lorsque l'on enquête sur des pratiques commerciales restrictives ou que l'on prend des mesures pour y remédier ("courtoisie négative"); l'organisation de consultations visant à résoudre les conflits entre les législations, politiques et intérêts nationaux respectifs; l'échange volontaire d'informations non confidentielles sur les pratiques commerciales restrictives ayant des effets sensibles sur le commerce de l'autre partie; une aide administrative et judiciaire dans le cadre des enquêtes ouvertes ou des mesures d'application prises par l'autre partie; et la coordination de la lutte contre les pratiques commerciales restrictives touchant les deux pays. Les règles de "courtoisie positive" contenues dans les accords de coopération conclus entre l'Union européenne et les Etats-Unis et entre ce dernier pays et le Canada méritent tout particulièrement d'être relevées : elles stipulent que l'une des parties peut demander à l'autre d'agir contre des pratiques commerciales restrictives qui ont cours sur le territoire de celle-ci et qui lèsent des intérêts importants de celle-là, et que l'autre partie peut prendre des mesures de répression si elle le juge nécessaire. Signalons également à cet égard que la loi américaine de 1994 sur l'assistance à l'application internationale de la législation antitrust habilite les autorités fédérales compétentes à conclure, avec des organismes antitrust ou des gouvernements étrangers, des accords d'assistance réciproque prévoyant que chaque partie peut, au besoin, aider l'autre partie à recueillir des renseignements et lui fournir des informations confidentielles. L'OCDE a récemment adopté une nouvelle recommandation (remplaçant une recommandation antérieure) qui énonce des principes de coopération dans ce domaine, notamment pour la coordination des enquêtes, l'échange de renseignements, la courtoisie positive et l'assistance réciproque dans les enquêtes ⁷⁹.

Chapitre V

LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET LES ACCORDS DU CYCLE D'URUGUAY

A. Aperçu général

56. Les chapitres précédents ont montré qu'en dépit de différences appréciables entre les législations et les politiques relatives à la concurrence, leurs objectifs, leur contenu et leur application font désormais apparaître de larges similitudes, suffisamment nombreuses ("terrain commun") pour constituer la base d'une coopération renforcée. Les Accords du Cycle d'Uruguay ont donné une forte impulsion au renforcement de la convergence et des consultations et de la coopération internationales dans ce domaine. Au sens large, toutes les dispositions des accords ont une incidence sur la politique de la concurrence puisque le cadre international régissant le commerce détermine de toute évidence la portée de celle-ci sur les marchés nationaux. Parmi les aspects importants des accords, on peut citer :

- i) les réductions tarifaires; ii) un certain durcissement des disciplines en vigueur touchant les mesures commerciales; iii) de nouvelles règles multilatérales s'appliquant à l'agriculture, aux droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) et aux services; et iv)

l'articulation de l'ensemble de ces accords dans le cadre institutionnel de la nouvelle Organisation mondiale du commerce (OMC), avec un mécanisme de règlement des différends renforcé. En outre, dans certains domaines, les Accords du Cycle d'Uruguay prévoient la poursuite des négociations. Certaines dispositions des accords qui traitent spécifiquement du contrôle des pratiques commerciales restrictives par les sociétés et de la prise en compte des facteurs de concurrence dans la mise en oeuvre de mesures commerciales par les gouvernements sont passées en revue ci-après et leurs incidences sur le fond et du point de vue institutionnel sont analysées. Il ne sera pas question ici des dispositions figurant dans les accords auxquels n'adhèrent jusqu'à présent qu'un nombre limité de pays, tel l'Accord sur les marchés publics. Ne sera pas non plus abordée la question de savoir si les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 relatives à la protection des concessions et des avantages s'appliquent à la non-exécution des obligations à l'encontre de pratiques commerciales restrictives auxquelles il est reproché de restreindre l'accès aux marchés (une affaire entre les Etats-Unis et le Japon au sujet de difficultés présumées d'accès au marché japonais des pellicules photographiques pour des raisons de cet ordre est en instance devant un groupe spécial de règlement des différends de l'OMC). Les dispositions dont il sera question ici illustrent la constatation générale qui est faite dans les accords, à savoir que dans une économie mondialisée, l'accès aux marchés dépend non seulement des politiques commerciales appliquées à la frontière mais aussi des politiques économiques concernant principalement le marché intérieur. S'agissant plus particulièrement de la politique de la concurrence, il était inévitable que ses liens avec les règles commerciales soient renforcés étant donné la similitude de ses objectifs fondamentaux avec ceux de la libéralisation du commerce : amélioration de la protection du consommateur et efficacité économique.

B. Commerce des marchandises - Entreprises d'Etat et entreprises auxquelles des droits exclusifs ont été accordés

57. L'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, qui reprend le texte de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947, contient une disposition (antérieure au Cycle d'Uruguay) par laquelle chaque partie contractante s'engage à ce que les entreprises d'Etat ou les entreprises privées (y compris les offices de commercialisation) auxquelles des privilèges exclusifs ou spéciaux ont été accordés se conforment, dans leurs achats ou leurs ventes se traduisant par des importations ou des exportations, au principe commercial de non-discrimination en offrant aux entreprises des autres parties contractantes des possibilités adéquates de participer à ces achats ou à ces ventes dans des conditions de libre concurrence, à moins que les produits visés ne soient destinés à être consommés par les pouvoirs publics. Dans le nouveau Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, il est précisé notamment que l'article s'applique aux droits exclusifs ou spéciaux, y compris les pouvoirs légaux ou constitutionnels, dans l'exercice desquels des achats ou des ventes influent sur le niveau ou l'orientation des importations et des exportations, mais qu'il ne s'applique pas aux achats effectués par l'entreprise en question pour sa propre consommation. L'un des principaux objectifs du mémoire d'accord est d'accroître la transparence et d'encourager les notifications relatives à de telles entreprises au Conseil du commerce des marchandises.

C. Mesures antidumping et subventions

58. L'Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI (accord antidumping) stipule (art. 3) que dans la détermination d'un dommage important causé à une branche de production nationale, les dommages causés par d'autres facteurs ne devront pas être imputés aux importations faisant l'objet d'un dumping; parmi les facteurs pertinents à cet égard figurent notamment les pratiques commerciales restrictives des producteurs étrangers et nationaux et la concurrence entre ces mêmes producteurs. L'accord antidumping durcit également quelque peu les conditions à respecter dans la procédure de règlement puisque l'entreprise exportatrice s'y engage à réviser ses prix ou à ne plus exporter à des prix de dumping (art. 8). L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires stipule que dans la détermination d'un dommage causé à une branche de production nationale par des subventions "pouvant donner lieu à une action" ⁸⁰ et l'application de droits compensateurs, il convient de suivre les mêmes critères et les mêmes procédures que ceux et celles prévus par l'accord antidumping (y compris pour la détermination d'un dommage important).

D. Sauvegardes

59. L'Accord sur les sauvegardes (qui reconnaît dans son préambule la nécessité d'accroître plutôt que de limiter la concurrence sur les marchés internationaux) interdit et élimine progressivement les mesures d'autolimitation des exportations, les arrangements de commercialisation ordonnée ou toute autre mesure similaire à l'exportation ou à l'importation prise par un gouvernement, que ce soit unilatéralement ou à la suite d'accords ou de mémorandums d'accord (art. 11). Parmi les exemples de mesures similaires relevant de "la zone grise" on peut mentionner : la modération des exportations, les systèmes de surveillance des prix à l'exportation ou à l'importation, la surveillance des exportations ou des importations, les cartels d'importation imposés et les régimes de licences d'exportation ou d'importation discrétionnaires. Il est stipulé que les Membres n'encourageront ni ne soutiendront l'adoption ou le maintien en vigueur, par des entreprises publiques et privées, de mesures non gouvernementales équivalentes. Il est créé un mécanisme de notification et de consultations obligatoires concernant notamment la décision d'appliquer ou de proroger une mesure de sauvegarde; toutefois, la notification des mesures non gouvernementales est facultative. Ces obligations découlant de l'Accord ne s'appliquent pas aux mesures spécifiques prises en vertu d'autres accords du Cycle d'Uruguay, telles que les mesures prises au sujet des textiles, de l'agriculture ou des services.

E. Licences relatives aux droits de propriété intellectuelle
et importations parallèles

60. L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) reconnaît comme principe (art. 8) que des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions de l'accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie. Aux termes d'une disposition concernant le contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles (art. 40), les Membres conviennent que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologie, et il est stipulé qu'aucune disposition de l'accord n'empêchera les Membres de spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui pourraient, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré, ni d'adopter (en conformité avec l'accord) des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler ces pratiques, qui peuvent comprendre, par exemple, des clauses de rétrocession exclusives, des conditions empêchant la contestation de la validité et un régime coercitif de licences groupées. L'article 31 énonce certaines conditions que les Membres devront respecter en ce qui concerne les autres utilisations permises sans l'autorisation du détenteur du droit, y compris l'utilisation par les pouvoirs publics ou par des tiers autorisés par ceux-ci (licence obligatoire ou déchéance), et stipule notamment que toute utilisation de ce genre sera autorisée par les Membres principalement pour l'approvisionnement de leur marché intérieur. Toutefois, lorsque d'autres utilisations sans l'autorisation du détenteur du droit sont permises pour remédier à une pratique dont il a été déterminé, à l'issue d'une procédure judiciaire ou administrative, qu'elle est anticoncurrentielle, les Membres ne sont pas tenus de respecter certaines de ces conditions, notamment celle relative aux utilisations autorisées principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur.

61. L'Accord sur les ADPIC stipule également qu'aux fins du règlement des différends, aucune disposition de l'accord (sous réserve des dispositions relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée) ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle (art. 6). Les droits exclusifs d'utilisation, de vente, d'importation ou autre distribution conférés au titulaire d'un brevet par l'accord (art. 28) sont soumis aux dispositions de

l'article 6. Il convient de rapprocher les dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives à l'épuisement des droits de celles des articles III et XI (1) de l'Accord général de 1994 (déjà présentes dans l'Accord général de 1947), concernant, respectivement, le traitement national en matière d'impositions et de réglementation intérieures et l'interdiction de principe des restrictions quantitatives appliquées par des parties contractantes aux importations de marchandises originaires d'une autre partie contractante ou aux exportations de marchandises destinées à une autre partie contractante; ces dispositions sont subordonnées aux exceptions générales prévues à l'article XX pour certains types de mesures, notamment les mesures "nécessaires" pour assurer le respect des dispositions de la législation nationale qui ne sont pas "incompatibles" avec les termes de l'accord, y compris celles qui ont trait à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur. Comme nous l'avons vu au chapitre III, dans certains pays ou régions le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle ne peut contrôler la distribution d'un produit protégé par un brevet après sa première mise en vente sur le marché national, mais il peut en contrôler l'importation après la première mise en vente sur un marché étranger. Pour déterminer la compatibilité de telles mesures avec les dispositions de l'Accord général de 1994 il faudrait par conséquent savoir si le droit d'empêcher des importations parallèles est nécessaire pour assurer le respect de la législation relative aux droits de propriété intellectuelle et si ladite législation est compatible à cet égard avec l'Accord général de 1994 ⁸¹.

F. Mesures concernant les investissements et liées au commerce

62. L'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, dont les dispositions s'appliquent uniquement au commerce des marchandises, interdit dans son annexe les mesures concernant les investissements qui sont incompatibles avec les dispositions de l'Accord général relatives au traitement national et à l'élimination générale des restrictions quantitatives. Lesdites mesures comprennent notamment les conditions imposées aux investisseurs étrangers et qui concernent le contenu local, l'équilibrage des échanges, les devises ou les ventes sur le marché intérieur. Il est stipulé (art. 9) qu'au plus tard cinq ans après la date d'entrée en vigueur de l'accord, le Conseil du commerce des marchandises examinera le fonctionnement de l'accord et, selon qu'il sera approprié, proposera des amendements. Au cours de cet examen, le Conseil déterminera s'il convient de compléter l'accord par des dispositions relatives à la politique en matière d'investissement et à la politique en matière de concurrence.

G. Commerce des services

63. A l'article VIII de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS),

il est stipulé que chaque Membre fera en sorte que tout fournisseur monopolistique d'un service sur son territoire n'agisse pas, lorsqu'il fournit un service monopolistique sur le marché considéré, d'une manière incompatible avec les obligations dudit Membre relatives à l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée aux services et fournisseurs de services des pays membres ou avec ses engagements spécifiques (relatifs à l'accès aux marchés, au traitement national et autres engagements complémentaires⁸²). Dans les cas où un fournisseur monopolistique entrera en concurrence, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société affiliée, pour la fourniture d'un service sortant du champ de ses droits monopolistiques et faisant l'objet d'engagements spécifiques de la part du Membre, celui-ci fera en sorte que ce fournisseur n'abuse pas de sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec ces engagements. Ces dispositions s'appliquent également, s'agissant des fournisseurs exclusifs de services, aux cas dans lesquels, en droit ou en fait, un Membre autorise ou établit un petit nombre de fournisseurs de services et empêche substantiellement la concurrence entre ces fournisseurs sur son territoire. En vertu de l'article IV, la participation croissante des pays en développement Membres au commerce mondial devra être facilitée par des engagements spécifiques négociés ayant trait notamment à l'amélioration de leur accès aux circuits de distribution et aux réseaux d'information.

64. L'annexe sur les télécommunications contient des dispositions particulières sur l'accès et le recours aux réseaux et services de transport des télécommunications dans lesquelles est reconnu le double rôle que jouent les communications en tant que secteur distinct et en tant que moyen de transport fondamental pour d'autres activités économiques. Chaque Membre devra veiller notamment à ce que les fournisseurs de services d'un autre Membre se voient "accorder" l'accès aux réseaux et services publics de transport des télécommunications et l'usage de ces réseaux et services suivant des modalités et à des conditions raisonnables et non discriminatoires pour assurer la fourniture d'un service repris dans sa Liste et à ce qu'ils "aient" accès auxdits réseaux ou services et en aient l'usage, notamment en faisant en sorte que ces fournisseurs soient autorisés à acheter ou louer et raccorder les équipements qui sont reliés au réseau et nécessaires à la fourniture de leurs services, et à interconnecter leurs circuits privés avec des réseaux et services publics ou d'autres réseaux et circuits privés. Toutefois, les télécommunications de base sont exemptées des obligations relatives au traitement de la nation la plus favorisée. De nouvelles négociations sur ce secteur n'ont pas permis jusqu'à présent d'aboutir à un accord, mais elles reprendront en janvier 1997.

65. En vertu du Mémorandum d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers, les participants au Cycle d'Uruguay sont habilités à prendre

des engagements au sujet des services financiers selon une approche différente, y compris des engagements relatifs à l'accès aux marchés et à la non-discrimination. Le Mémorandum d'accord prévoit l'établissement d'une liste des droits monopolistiques existants et fait obligation aux Membres de s'efforcer de les éliminer ou d'en réduire la portée. Les Membres devront faire en sorte que les fournisseurs de services financiers des autres Membres bénéficient du traitement de la nation la plus favorisée et du traitement national en ce qui concerne l'achat ou l'acquisition de services financiers par des entités publiques sur leur territoire. Lorsque l'appartenance, la participation ou l'accès à une organisation ou association quelconque est exigée ou confère des privilèges ou des avantages, les Membres feront en sorte que lesdites entités accordent le traitement national aux fournisseurs de services financiers des autres membres. De nouvelles négociations dans ce domaine ont abouti à un accord intérimaire auquel n'adhèrent pas tous les Membres et une décision sera prise avant décembre 1997 sur la question de savoir s'il faut reprendre les négociations.

H. Droits et obligations relatifs aux consultations spéciales et au règlement des différends

66. Dans une décision de 1960 relative aux pratiques commerciales restrictives dans le commerce international ⁸³, les parties contractantes à l'Accord général ont reconnu que les pratiques commerciales restrictives pouvaient freiner l'expansion du commerce international et le développement économique des différents pays, et compromettre ainsi les avantages des réductions de droits de douane et de la suppression des restrictions quantitatives, ou porter atteinte de toute autre manière aux objectifs de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Une coopération internationale était nécessaire pour lutter efficacement contre les pratiques commerciales restrictives dans le commerce international. La décision précisait toutefois que, dans les circonstances du moment, les parties contractantes ne pourraient assumer sous quelque forme que ce soit la réglementation de ces pratiques ni se charger d'enquêtes. La décision prévoyait la possibilité pour les parties contractantes d'engager des consultations bilatérales ou multilatérales selon le cas. La partie sollicitée devait examiner la demande avec compréhension et se prêter à des consultations avec la partie demanderesse en vue d'arrêter des conclusions mutuellement satisfaisantes. Si elle reconnaissait l'existence d'effets dommageables, elle devait prendre les mesures qui lui paraissaient indiquées pour en assurer la suppression. Le résultat de telles consultations devait être transmis aux parties contractantes. C'est cette procédure de consultation qui est utilisée dans le différend en cours entre les Etats-Unis et le Japon évoqué plus haut.

67. L'Accord sur les ADPIC institue deux types de procédure de consultations

en matière de pratiques commerciales restrictives. D'une part, si demande lui en est faite, un Membre se prêtera à des consultations avec tout autre Membre qui a des raisons de croire qu'un ressortissant du Membre auquel la demande de consultations est adressée ou une personne domiciliée sur le territoire de ce dernier, se livre à des pratiques en violation de la législation pertinente du Membre qui a présenté la demande, et qui désire assurer le respect de cette législation, sans préjudice de toute action que l'un ou l'autre Membre pourrait engager conformément à la loi et de son entière liberté de prendre une décision définitive. Le Membre à qui la demande est adressée devra fournir les renseignements pertinents, dans des conditions analogues à celles que prévoit l'article IX de l'AGCS décrit ci-dessous. D'autre part, si un ressortissant d'un Membre ou une personne domiciliée sur son territoire fait l'objet sur le territoire d'un autre Membre de procédures concernant des violations présumées de la législation pertinente de cet autre Membre, le Membre en question se verra accorder par l'autre Membre, s'il en fait la demande, la possibilité d'engager des consultations dans les mêmes conditions que celles prévues par la première procédure.

68. L'AGCS contient deux dispositions distinctes relatives aux consultations ou à la surveillance. En vertu des procédures de l'article VIII applicables aux monopoles et fournisseurs exclusifs de services, le Conseil du commerce des services peut, quand il reçoit une plainte émanant d'un Membre, demander des renseignements à un autre Membre au sujet de la conduite d'un fournisseur monopolistique, et les Membres doivent notifier au Conseil l'octroi de nouveaux droits monopolistiques touchant des services visés par leurs engagements. A l'article IX (qui s'applique aux cas autres que ceux relevant de l'article VIII), les Membres reconnaissent que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services peuvent limiter la concurrence et par là restreindre le commerce des services, et ils s'engagent à se prêter, à la demande de tout autre Membre, à des consultations en vue d'éliminer de telles pratiques. Le Membre auquel la demande sera adressée l'examinera de manière approfondie et avec compréhension et fournira les renseignements non confidentiels à la disposition du public qui présentent un intérêt en l'espèce, ainsi que d'autres renseignements (sous réserve de sa législation intérieure et de la conclusion d'un accord satisfaisant concernant le respect du caractère confidentiel de ces renseignements). A la différence de la décision du GATT de 1960 qui s'applique au commerce des marchandises, les obligations énoncées à l'article IX de l'AGCS ne prévoient pas expressément que les Membres doivent s'efforcer d'aboutir à des conclusions mutuellement satisfaisantes ou de prendre les mesures qui leur paraissent indiquées pour éliminer les effets dommageables des pratiques commerciales restrictives. Toutefois, il est vrai que les consultations ont pour but d'éliminer les pratiques en question et qu'on ne trouve pas dans la décision de 1960 l'obligation de fournir des renseignements qui existe dans l'AGCS.

69. En vertu de l'article XXIII du GATT de 1994, les parties contractantes peuvent présenter une plainte lorsqu'elles considèrent que des avantages résultant de l'Accord sont annulés ou compromis du fait de la non-exécution par une autre partie contractante des obligations contractées par elle aux termes de l'Accord, de l'application d'une mesure quelconque contraire ou non aux dispositions de l'Accord, ou de l'existence d'une autre situation. Se réclamant de la disposition correspondante de l'Accord général de 1947, la Communauté économique européenne avait demandé en 1983 l'établissement d'un groupe spécial, alléguant que les avantages résultant des négociations commerciales avec le Japon avaient été annulés ou compromis en raison, notamment, de la concentration et de l'interconnexion des structures de la production, du financement et de la distribution au Japon qui faisaient que les fournisseurs étrangers avaient bien du mal à mettre en place des circuits de distribution⁸⁴. Toutefois, cette demande de groupe spécial ayant finalement été abandonnée, la question de savoir si des avantages résultant de l'Accord général pouvaient être annulés ou compromis de cette manière, ou celle des obligations spécifiques incombant aux parties contractantes à cet égard, n'ont jamais été éclaircies.

I. Conséquences

70. Les dispositions relatives à la politique de la concurrence inscrites dans les Accords du Cycle d'Uruguay témoignent de la constatation du fait que, dans un monde où l'économie se mondialise chaque jour davantage, les politiques nationales en matière de concurrence ont besoin d'être complétées par des mesures prises au niveau international pour favoriser une concurrence dynamique sur le marché mondial. Le principe traditionnel selon lequel les autorités nationales devraient s'occuper uniquement des effets des pratiques commerciales restrictives sur leur propre marché (ou, selon la législation des Etats-Unis, également de leurs effets sur les débouchés à l'exportation) est battu en brèche. Dans le GATT de 1994 et l'AGS par exemple, il apparaît qu'une obligation est faite aux parties contractantes de prendre des mesures pour exercer un contrôle sur les entreprises d'Etat et/ou les entreprises jouissant de droits exclusifs, l'objectif premier étant d'améliorer l'accès aux marchés au profit des entreprises des autres parties contractantes, et ce indépendamment de la question de savoir si le contrôle des pratiques commerciales restrictives pourrait autrement s'avérer nécessaire pour améliorer la protection du consommateur ou l'efficacité - même s'il est vrai bien entendu que des mesures visant à ouvrir les marchés aux fournisseurs étrangers profiteraient souvent également aux consommateurs locaux tout en améliorant l'efficacité. En outre, les règles du système commercial international s'élargissent de plus en plus pour s'étendre au comportement des entreprises, et non plus simplement des gouvernements - même s'il est vrai qu'elles visaient déjà auparavant des comportements d'entreprise tels que le dumping ou la discrimination par des entreprises d'Etat ou des entreprises jouissant de droits exclusifs et qu'elles continuent de s'adresser directement aux gouvernements. Les principes particuliers qui paraissent être repris de façon plus ou moins large dans quelques-uns des accords sont notamment les suivants : les gouvernements ne devraient pas s'en remettre aux entreprises pour la réglementation de leur commerce (ou de leurs marchés); les restrictions commerciales émanant du secteur privé devraient donc être réprimées (dans certains domaines), ou tout au moins ne pas être encouragées ni appuyées (dans d'autres); la transparence devrait jouer à cet égard; les parties contractantes devraient, dans l'application de leur législation et de leur politique en matière de concurrence dans certains domaines, tenir compte des intérêts commerciaux des autres parties contractantes, s'agissant notamment des entreprises jouissant d'un monopole ou de droits exclusifs; une coopération internationale est nécessaire pour contrôler efficacement, ou pour éliminer, les pratiques commerciales restrictives qui freinent le commerce international; et les gouvernements devraient donc se consulter et coopérer pour s'attaquer aux problèmes qui se posent dans ce domaine. Les obligations découlant de la politique en matière de concurrence sont désormais solidement intégrées dans les règles du système commercial international. Etant donné le processus continu de mondialisation de l'économie, ainsi que les négociations en cours dans le cadre postérieur au Cycle d'Uruguay, il est inévitable que la

politique de la concurrence et la politique commerciale soient rendues plus proches encore l'une de l'autre.

71. Toutefois, les différents Accords du Cycle d'Uruguay ne semblent pas tenir compte d'une manière parfaitement uniforme des principes de la concurrence. Les liens avec certains problèmes de concurrence sont explicitement reconnus dans certains domaines, mais d'autres problèmes de concurrence qui pourraient se poser dans ces mêmes domaines ne semblent pas être pris en compte, ni des problèmes de concurrence qui pourraient se poser dans d'autres domaines. L'Accord sur les ADPIC a renforcé les droits des détenteurs de droits de propriété intellectuelle, mais il faudra peut-être poursuivre les efforts en vue de s'attaquer au problème des risques d'exploitation abusive de ces droits et de préciser ce qu'il faut entendre par exploitation abusive, dans le cadre comme en dehors des contrats de licence. Il conviendrait peut-être également d'apporter des éclaircissements sur les questions importantes de l'épuisement des droits (y compris sous l'angle des importations parallèles), du traitement national, des restrictions quantitatives au commerce et de l'utilisation de droits de propriété intellectuelle pour faciliter la segmentation du marché international et la discrimination en matière de prix (hors du contexte de la propriété intellectuelle, le recours à des mesures antidumping pour lutter contre la discrimination en matière de prix est autorisé par les Accords du Cycle d'Uruguay). Peut-être faut-il voir une asymétrie dans la manière dont l'Accord sur les MIC interdit les mesures gouvernementales relatives aux investissements qui ont un effet de distorsion sur les échanges, mais n'aborde pas (contrairement à d'autres accords) la question des pratiques commerciales restrictives des entreprises qui ont des effets comparables. Toutefois, il y a place pour un surcroît d'efforts dans ce sens, compte tenu de l'engagement qui est pris dans cet accord d'examiner ultérieurement s'il convient de le compléter par des dispositions relatives à la politique en matière de concurrence.

72. a/ Il ne semble pas non plus être suffisamment tenu compte dans les

a/ Dans ses commentaires sur la version antérieure de la présente étude, le Département de la justice des Etats-Unis a déclaré qu'elle contenait "... nombre d'affirmations au sujet de la législation commerciale (par exemple aux paragraphes 73 à 75) qui dépassent manifestement les compétences du Groupe intergouvernemental d'experts, et qu'il conviendrait donc de supprimer également". Les paragraphes 73 à 75 de la version antérieure de la présente étude correspondent aux paragraphes 72 à 74 de la version actuelle. Le Département a également demandé que les paragraphes 6 à 8 et 77 à 81 de la version initiale soient supprimés parce qu'ils contenaient "nombre de ... suggestions contestables concernant les accords multilatéraux sur des

Accords du Cycle d'Uruguay des interactions entre la politique de la concurrence et la politique commerciale pratiquées dans les pays importateurs et les pays exportateurs, ni de la manière dont les règles et restrictions gouvernementales peuvent faciliter les pratiques commerciales restrictives dans un même pays. Les accords font peu de cas, par exemple, de la manière dont la réglementation par les gouvernements du secteur de la distribution peut favoriser des structures et des pratiques de distribution exclusives (certes, l'AGCS parle de l'amélioration de l'accès des pays en développement aux circuits de distribution et aux réseaux d'information, mais il ne précise pas les mesures nécessaires à cette fin). Il n'est pas non plus suffisamment tenu compte dans les accords de la manière dont certaines mesures commerciales peuvent faciliter la collusion d'entreprises nationales, d'exportateurs étrangers ou de producteurs nationaux et étrangers, encore que des mesures de portée limitée soient prises contre la collusion de producteurs nationaux et étrangers (par le biais des conditions fixées par les dispositions de l'Accord antidumping relatives aux engagements en matière de prix pour le règlement des procédures antidumping)⁸⁵.

73. Dans l'Accord antidumping et l'Accord sur les subventions, les considérations relatives à la concurrence et à la protection des consommateurs ne semblent pas encore recevoir toute l'attention voulue, même si le dumping équivaut pour l'essentiel à pratiquer des prix discriminatoires sans frontières et si on lui reproche souvent de se traduire par des prix abusivement bas (à l'instar des pratiques commerciales restrictives du même ordre). Il est vrai qu'aux termes de ces deux accords, les facteurs relatifs à la concurrence doivent être pris en considération pour déterminer les causes d'un dommage subi par une branche de production nationale, mais il n'est pas obligatoire que la décision d'accorder ou non une protection antidumping, ou concernant les recours spécifiques à accorder, tienne compte des effets sur la concurrence sur le marché intérieur. Les deux accords ne traitent pas non plus suffisamment des risques d'utilisation abusive des procédures antidumping ou compensatoires pour harceler les exportateurs. Il convient de noter à cet égard que le Conseil de l'OCDE a recommandé de veiller à ce que les procédures prévues par la législation portant sur les pratiques commerciales déloyales, notamment les procédures engagées à l'initiative d'entreprises, ne soient pas utilisées abusivement pour freiner la concurrence⁸⁶. La relation entre les mesures antitrust et les mesures relatives au commerce international (y compris les mesures antidumping, les droits compensateurs "antisubvention" et les sauvegardes) est implicitement reconnue dans les United States Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations 1994 (Directives concernant l'application de la législation antitrust des Etats-Unis aux

questions de commerce et de concurrence"; ces paragraphes ont été supprimés.

activités internationales, 1994). En fait, au sein de l'Union européenne et dans le commerce entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande, c'est la législation ou la politique en matière de concurrence qui est appliquée à la place de mesures antidumping. Toutefois, si dans certains pays les autorités chargées de la concurrence ont pu intervenir avec succès dans certains cas pour préconiser d'accorder une plus grande attention aux principes de la concurrence dans l'adoption de mesures relatives au commerce, elles ont souvent échoué dans cette démarche, surtout parce qu'un pays peut difficilement prendre des initiatives unilatérales dans ce domaine si ses partenaires commerciaux ne font pas un effort équivalent de leur côté.

74. Pour épauler et compléter l'action au niveau national des autorités chargées de la concurrence, des mécanismes complémentaires sont nécessaires au niveau multilatéral pour lutter à la fois contre les pratiques commerciales restrictives qui gênent la concurrence internationale, du type cartels d'exportation "irréductibles" ou autres pratiques collusoires (présumées contraires à la concurrence, ou admettant certaines exceptions, ou encore échappant généralement à toute analyse économique approfondie⁸⁷), et contre les mesures protectionnistes gouvernementales qui ont un effet de distorsion sur la concurrence et les échanges. S'agissant de celles-ci, les régimes commerciaux pourraient être encouragés à tirer parti de la place plus importante faite par les politiques de la concurrence à la protection du consommateur et à l'efficacité pour atténuer la partialité des politiques commerciales en faveur des producteurs dans des domaines comme les sauvegardes, les mesures antidumping ou les mesures compensatoires de subventions, ce qui permettrait de tenir compte des préoccupations des producteurs comme des consommateurs (ou des pays exportateurs et importateurs) en matière d'"accès aux marchés". Il est nécessaire d'aborder de manière systématique et globale l'ensemble des problèmes qui se posent aux confins de la politique commerciale et de la politique de la concurrence, y compris la question des restrictions commerciales d'origine privée ou gouvernementale, si l'on veut consolider et développer harmonieusement les acquis résultant des Accords du Cycle d'Uruguay.

75. Après la réduction des obstacles gouvernementaux aux échanges inscrite dans les Accords du Cycle d'Uruguay, il serait logique de s'attaquer aux obstacles d'origine privée afin d'empêcher que la "privatisation" des obstacles au commerce ne grignote les avantages apportés à la concurrence par la libéralisation des échanges : en fait, l'abaissement des obstacles gouvernementaux à l'entrée sur le marché pourrait accroître la vulnérabilité, des pays en développement notamment, à des restrictions privées transfrontières, auxquelles il faudrait apposer une action internationale. Il est probable que les changements apportés par les Accords du Cycle d'Uruguay au cadre de la concurrence et des échanges mondiaux, tel

l'engagement pris par les gouvernements de ne pas autoriser ni encourager (mais non de prévenir) les pratiques commerciales restrictives ayant des effets équivalents à ceux de l'autolimitation des exportations ou des arrangements de commercialisation ordonnée, même s'ils améliorent dans l'ensemble la concurrence sur les marchés internationaux, pousseront également les entreprises à tenter de se dérober aux effets de la libéralisation du commerce par des pratiques commerciales restrictives. Qui plus est, les progrès de la technologie et des stratégies de commercialisation pourraient amener les entreprises à pratiquer de nouvelles variations voire de nouveaux types de pratiques commerciales restrictives transfrontières dont les effets pourraient être renforcés par la multiplication des fusions, coentreprises et alliances stratégiques à l'échelle internationale. Conjuguée au processus continu de mondialisation et de libéralisation, cette évolution rendra de plus en plus indispensable aux autorités chargées de la concurrence l'accès à l'information concernant les intervenants sur le marché et la situation du marché dans les autres pays (compte tenu de la question de la divulgation de l'information aux fins d'analyse de problèmes relatifs à la concurrence, de l'incompatibilité éventuelle d'une telle divulgation avec la protection d'importants intérêts nationaux, et de la nécessité de respecter l'information confidentielle et les secrets d'affaires), ainsi qu'à des renseignements détaillés sur les lois et politiques en matière de concurrence et leur application dans d'autres pays. Les affaires examinées dans le document TD/RBP/CONF.4/6 confirment qu'il existe un réel besoin d'agir dans ce domaine, comme le montre l'affaire entre les Etats-Unis et le Japon en instance devant un groupe spécial de règlement des différends de l'OMC.

76. La nécessité de prendre des mesures dans le domaine du contrôle des pratiques commerciales restrictives (mais non pas des aspects des règles commerciales qui touchent à la concurrence) est reconnue dans une communication adressée par la Commission européenne au Conseil des ministres de l'UE, dans laquelle il est suggéré que l'UE établisse, à l'intention de la réunion ministérielle que l'OMC tiendra à Singapour en décembre 1996, une note de synthèse qui proposerait aux membres de l'OMC de constituer un groupe de travail pour préparer l'élaboration d'un cadre international des règles de la concurrence⁸⁸. La proposition indique qu'un tel cadre pourrait notamment comporter un document par lequel tous les pays s'engageraient à adopter des règles de concurrence internes et des structures d'application, un instrument permettant l'échange d'informations entre les autorités chargées de la concurrence d'un certain nombre de pays, un instrument relatif aux demandes d'intervention sur les marchés étrangers et un mécanisme intergouvernemental de règlement des différends; il est également suggéré dans la proposition de demander à l'OCDE et à la CNUCED de poursuivre leurs travaux dans le domaine du commerce et de la concurrence en tenant compte des faits nouveaux à l'OMC.

Notes

Aux termes du paragraphe I a) des conclusions concertées, pour faciliter la tâche de la troisième Conférence de révision, le Groupe intergouvernemental d'experts a prié le secrétariat de la CNUCED "d'établir un projet d'étude sur la portée, le champ et l'application des lois et politiques de la concurrence dans les Etats membres, ainsi qu'une analyse des dispositions des accords du Cycle d'Uruguay intéressant la politique de concurrence et de leurs incidences sur les pays en développement et d'autres pays, en suivant le plan donné dans le document TD/B/RBP/105 et en tenant compte des observations formulées à la quatorzième session du Groupe intergouvernemental d'experts". Voir le rapport du Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives sur sa quatorzième session (TD/B/42(1)/3).

Voir le chapitre I de la note intitulée "Préparation de la troisième 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" (TD/B/RBP/105).

Voir le "Rapport de la troisième 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", 13-21 novembre 1995 (TD/RBP/CONF.4/15).

Des observations ont été communiquées par écrit par les Etats-Unis, le Japon et le Royaume-Uni.

Voir "Basic objectives and provisions of competition laws and policies" (TD/ITD/15) et également "Projet de commentaires d'éléments pour les articles d'une loi ou de lois types" (TD/B/RBP/81/Rev.4).

Loi antimonopole, décret-loi No 211, 1973.

Ordonnance No 86-1243 du 1er décembre 1986, concernant la liberté des prix et de la concurrence.

Loi du 30 décembre 1991 sur la promotion et la protection de la libre concurrence.

Loi du 27 juillet 1957 sur les restrictions à la concurrence.

Renseignements communiqués par le Gouvernement japonais.

National Cooperative Production Act (HR 1313), adopté le 10 juin 1993.

Dans le droit européen, une distinction est faite entre les opérations de coopération et les opérations de concentration; celles-ci tombent sous le coup du Règlement relatif au contrôle des opérations de concentration.

Loi No 3320, du 31 décembre 1980, sur la réglementation des monopoles et les pratiques commerciales loyales et décret d'application No 10267, du 1er avril 1981.

Voir "Competition and trade in the post-Uruguay Round" (UNCTAD/ITD/11), rapport établi par le secrétariat de la CNUCED par M. Kyu Uck Lee (consultant).

Ibid.

Loi de 1994 sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales (No 18).

Voir A. J. Jatar, "Implementing competition policy in recently liberalized economies: the case of Venezuela" (document ronéotypé), Caracas, octobre 1993.

Voir le "Manuel des législations appliquées en matière de pratiques commerciales restrictives" (TD/B/RBP/49).

Loi fédérale du 24 décembre 1992 sur la concurrence.

No 4064/89, Journal officiel L 257/13 (1990).

Voir "Japan criticizes CD prices", Financial Times, 25 juillet 1995.

Loi de 1969 sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives.

Voir le cas des comités armatoriaux franco-ouest-africains et de la Conférence CEWAS sur l'étude de la CNUCED intitulée "Cas de pratiques commerciales restrictives ayant des effets dans plus d'un pays, notamment dans des pays en développement, et conclusions générales concernant les questions qu'ils soulèvent" (TD/RBP/CONF.4).

Voir "Le rôle de la politique de la concurrence dans les réformes économiques dans les pays en développement et d'autres pays" (TD/B/RBP/96/Rev.2).

Office antimonopole, "Competition law and policy in Poland (1990-1993)", Varsovie, janvier 1994.

Voir United States v. Pan American World Airways Inc., 193 F. Supp. 18 (S.D.N.Y. 1961).

Voir Jatar, op. cit.

Loi sur la lutte contre la concurrence déloyale, adoptée le 2 septembre 1993.

Voir l'article 92 du Traité de Rome. Le Traité interdit également toutes les restrictions à la libre circulation des marchandises et des services et toutes les restrictions à la liberté d'établissement à l'intérieur du marché commun.

Aux Etats-Unis et au Royaume-Uni par exemple.

Par exemple en Allemagne, dans la Fédération de Russie, en France, en Hongrie, en e, en Jamaïque, dans la République de Corée, à Sri Lanka ou au Venezuela.

Voir "Competition and Trade...".

Loi sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, 1991.

International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Roleum Exporting Countries, 477 F. Supp. 553 (C.D. Cal. 1979).

Voir Aluminium Products (1987) 3 C.M.L.R. 813.

Cas examinés dans le document TD/RBP/CONF.4/6.

Voir décision No 907417/ECSC de la Commission.

Voir par exemple l'article 3 de la loi zambienne de 1994 sur la concurrence et les tiques commerciales loyales.

Voir la loi de 1993 sur la concurrence loyale.

Directives du 15 février 1989 pour la réglementation des pratiques déloyales relatifs accords de licence de brevet et de savoir-faire.

Voir "Japan criticizes CD prices", Financial Times, 25 juillet 1995.

L'expression "secret de fabrique" s'entend du savoir-faire industriel et commercial on la législation de certains Etats des Etats-Unis, les secrets de fabrique bénéficient d'une me de protection analogue à celle des droits de propriété intellectuelle.

Racimex Japan Co and Jap Auto Products Co * v. BBS Kraftfahrzeug Technik AG (affaire la roue d'aluminium), Haute Cour de Tokyo, No 3272 de 1994. Cette affaire est actuellement minée en appel.

Beecham Group v International Products Ltd, cité dans D. Gladwell, "The exhaustion intellectual property rights", 12 European Intellectual Property Review (1986), p. 368.

Voir U.S. v Pilkington plc, jugement d'expédient 7 Trade Reg. Rep. (CCH) 50758 Ariz. 1994). Cette affaire a été examinée dans l'étude de la CNUCED intitulée "Cas de pratiques commerciales restrictives ayant des effets dans plus d'un pays...".

Communication du Gouvernement du Royaume-Uni.

Voir K. Mart. Corp. v Cartier Inc., 108 S.Ct. 1811, 6 USPQ2d 1897 (1988).

Cette expression désigne des restrictions justifiant normalement une action a priori si que d'autres mesures restrictives qui auraient pour effet, dans la quasi-totalité des cas, de réduire la production ou de majorer les prix.

Voir l'affaire 258/78 Nungesser c. Commission (1982) Recueil ECR 2015 ("Semences de pois"), et les affaires Coditel.

Voir l'affaire Tetrapak I, No.IV/31.043 du 26 Juillet 1988, Journal officiel des Communautés européennes, L 272 du 4 octobre 1988, p. 27.

Règlement No 240/96 du 31 janvier 1996, Journal officiel des Communautés européennes 1996 L/31/1. Entrée en vigueur : 1er avril 1996.

Voir Volvo c. Veng Cas 238/87 (1988) Cour de justice des Communautés européennes 62 l'affaire Renault Maxicar du 5 octobre 1988.

Voir RTE et ITP c. Commission (Magill), affaires C-241/91P et C-242/91, 6 avril 1991

Voir l'affaire Microsoft, examinée dans le document TD/RBP/CONF.4/6.

Loi de 1990 sur la lutte contre les pratiques monopolistiques.

Directives de l'Office antimonopole pour l'application des dispositions de la loi sur la lutte contre les pratiques monopolistiques aux licences de brevet et au savoir-faire.

Ahlstrom et al c. Commission européenne, (1988) ECR 5193, (1988) 4 C.M.L.R.901.

Voir Hartford Fire Insurance Co c. Californie, 113 S.Ct. 2891, 2909, (1993). Cette affaire est examinée dans le document intitulé "Cas de pratiques commerciales restrictives ayant des effets dans plus d'un pays...".

Toutefois, certaines opérations de fusion à l'étranger peuvent, sous certaines conditions, être dispensées de la notification préalable prévue par la loi Hart-Scott-Rodino.

Voir Etats-Unis c. MCI Communications Corp., 7 Trade Reg. Rep. (CCH) 50, 761 (D.D.C. 4) et 59 Fed. Reg. 33009 (27 juin 1994).

Communication du Gouvernement du Royaume-Uni.

Voir J.M. Finger et K.C. Fung, "Can competition policy control 301 ?", Wirtschaft 49 (1994), p. 379.

Voir affaire Bayer/Firestone KG Nr. 26 1980 WuW/E OLG, 2419 (Synthetischer Kautschuk II) et Phi

ris/Rothmans, 29 octobre 1985, WuW 6/1986, p. 481 à 495.

Voir affaire Organic Pigments (1979) E.C.C. 553.

Voir François Souty, "Théorie de l'effet : les entreprises des pays tiers et le spect de la concurrence sur le marché européen", Revue de la concurrence et de la consommation 65, p. 6, janvier-février 1992.

En cas de sanction pénale, la législation chilienne ne s'applique qu'aux pratiques commerciales restrictives qui ont eu lieu au Chili.

Voir "Manuel des législations appliquées en matière de pratiques commerciales restrictives" (TD/B/RBP/42).

Dans l'affaire Pilkington, la compétence personnelle exercée sur Pilkington se justifiait par le fait que des fonds avaient été transférés à cette société à partir des Etats-Unis (elle-ci recevait des redevances de licence de compagnies américaines).

Aux termes de ce paragraphe, "les Etats devraient rechercher des mesures correctives préventives appropriées pour empêcher et/ou réprimer l'emploi de pratiques commerciales restrictives relevant de leur compétence quand ils constatent que ces pratiques sont préjudiciables au commerce international et, en particulier, au commerce et au développement des pays en développement".

Voir Daishowa International c. North Coast Export Co., 1982-2, Trade Cas. (CCH) 64, (1982). La loi Webb-Pomerene (15 U.S.C. 61-65 (1988)) prévoit une possibilité de dérogation à la législation antitrust pour les associations d'entreprises exportatrices qui seraient autrement interdites, sous réserve qu'il n'y ait pas d'effet anticoncurrentiel aux Etats-Unis, que les autres intérêts du pays ne soient pas lésés et que les statuts et les rapports annuels de ces associations soient communiqués à la Commission des pratiques commerciales loyales.

Accord de coopération conclu entre le Gouvernement des Etats-Unis et le Gouvernement australien, concernant les questions relatives à la législation antitrust (Washington, juin 1982).

Accord conclu entre le Gouvernement des Etats-Unis et le Gouvernement canadien, concernant l'application de leurs lois relatives à la concurrence et aux pratiques commerciales restrictives (signé à Washington le 1er août 1995 et à Ottawa le 3 août 1995). Les autorités des deux pays coopèrent également dans les affaires pénales de violation des lois antitrust, en vertu d'un accord d'assistance juridique réciproque.

Accord de coopération conclu entre le Gouvernement des Etats-Unis et le Gouvernement fédéral allemand, concernant les pratiques commerciales restrictives (Bonn, 23 juin 1976).

Accord conclu entre le Gouvernement des Etats-Unis et la Commission européenne, concernant l'application de leurs législations de la concurrence (Washington, 23 septembre 1991) et si la Cour européenne de justice a jugé que la Commission européenne n'était pas habilitée à conclure un tel accord, celui-ci reste valable en droit international et il est appliqué.

Accord de coopération conclu entre le Gouvernement fédéral allemand et le Gouvernement français, concernant les pratiques commerciales restrictives (28 mai 1984).

Voir les accords intérimaires relatifs au commerce et aux questions connexes, signé entre la Communauté économique européenne et la Communauté européenne du charbon et de l'acier d'une part, et, respectivement, les Républiques tchèque et slovaque, la Hongrie et la Pologne, d'autre part (Bruxelles, 16 décembre 1991).

Accord euroméditerranéen d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et l'Etat d'Israël, d'autre part (Bruxelles, 20 novembre 1995).

Accord de libre-échange nord-américain conclu entre le Gouvernement des Etats-Unis, le Gouvernement canadien et le Gouvernement mexicain (signé à Washington les 8 et 17 décembre 1992, à Ottawa les 11 et 17 décembre 1992, et à Mexico les 14 et 17 décembre 1992).

Recommandation révisée du Conseil sur la coopération entre les Etats membres concernant les pratiques anticoncurrentielles qui ont des effets sur le commerce international (décision du 28 juillet 1995).

L'Accord fait une distinction entre les subventions "prohibées", les subventions "ne donnant pas lieu à une action" et les subventions "ne donnant pas lieu à une action".

Voir sur cette question A. Yusuf et A. Moncayo, "Intellectual property protection and international trade - exhaustion of rights revisited", *World Competition*, vol. 16, No 1, septembre 1993, p. 115.

Concernant notamment la limitation du nombre des fournisseurs de services, de la durée des transactions ou des actifs, du nombre des opérations de service ou de leur production et des dispositions relatives à l'accès aux marchés et au traitement national ne sont pas des obligations générales (à la différence de celles du GATT de 1994), mais sont échangées sous forme d'engagements négociés visant tel ou tel secteur ou sous-secteur. Certains membres ont également accepté l'exemption de plusieurs secteurs du principe de la nation la plus favorisée. L'AGCS laisse une certaine latitude aux pays en développement membres engagés dans un processus de libéralisation. Il y est notamment tenu compte des difficultés des pays les moins avancés.

Décision du 18 novembre 1960. Voir les parties contractantes à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Instruments de base et Documents divers 28, 178-181 (Supplément 9, 1961). Cette décision a été incorporée au GATT de 1994.

Voir Doc. L/5479 du GATT. Cette plainte était qualifiée de plainte relative à une situation".

C'est ainsi que la création de cartels d'exportation constitue souvent une réaction mesures de sauvegarde ou à des procédures antidumping ou d'institution de droits compensateurs en oeuvre par des pays importateurs. Voir OCDE, "Obstacles aux échanges et à la concurrence", 1993.

Recommandation du Conseil relative à la coopération entre pays membres dans le domaine des risques de conflits entre la politique des échanges et la politique de la concurrence (86)65(Final)), 23 octobre 1986.

Comme il est noté dans le document UNCTAD/ITD/15, bien que la collusion soit généralement interdite par certaines législations relatives à la concurrence et fasse l'objet d'une analyse cas par cas selon d'autres législations en la matière, on observe une tendance universelle à un durcissement de la répression des pratiques collusoires, lesquelles ne sont généralement mises qu'à un examen sommaire avant que l'on ne détermine si elles ont eu ou non des effets néfastes sur la concurrence. Il a été recommandé que tous les pays lèvent l'immunité pour les cartels d'exportation dans la mesure où ce type d'agissement serait illégal s'il était dirigé contre le marché intérieur (voir American Bar Association, Special Committee Report on International Antitrust, 1991), ou que les cartels d'exportation soient interdits sous réserve d'adopter en faveur de leur efficacité dans lequel ils apporteraient la preuve qu'ils aident à monter un réel obstacle à la concurrence dans le pays importateur (voir "Obstacles aux échanges à la concurrence", op cit.).

Communication présentée par Sir Leon Brittan et Karel van Miert "Towards an international framework of competition rules", du 17 juin 1996.
