



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/37/Rev.1
9 août 2004

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières

Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence

Genève, 8-10 novembre 2004
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

**LE RÔLE DE DIFFÉRENTS MÉCANISMES POSSIBLES DE RÈGLEMENT
DES DIFFÉRENDS OU D'AUTRES FORMULES ENVISAGEABLES, COMME
L'EXAMEN COLLÉGIAL LIBREMENT CONSENTI, DANS LE DOMAINE
DU DROIT ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE**

Étude révisée du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Il semble généralement accepté qu'il ne serait pas judicieux d'appliquer des procédures contraignantes de règlement des différends à toutes les dispositions d'un éventuel cadre multilatéral relatif à la politique de la concurrence. C'est pourquoi la présente étude porte sur d'autres méthodes éventuelles de prévention ou de règlement des différends, notamment sur le rôle que pourraient jouer, dans le cadre de la coopération internationale en matière de politique de concurrence, les mécanismes suivants: l'examen collégial librement consenti; les consultations sur des questions, sur des affaires ou sur l'application d'accords; et les méthodes diplomatiques de règlement des différends tels que la conciliation, la médiation et les bons offices. Elle permet de constater que: i) l'examen collégial n'est pas simplement un mécanisme destiné à vérifier le respect des engagements, mais vise aussi à donner des conseils sur les orientations, à encourager la coordination des politiques et la coopération, à réunir et à diffuser l'information et des meilleures pratiques, ainsi qu'à fournir une assistance et une aide

techniques; ii) divers types de dispositions prévoyant des consultations existent, mais servent rarement à régler des questions particulières dans le cadre multilatéral; et iii) les bons offices, la médiation et la conciliation ne sont pas utilisés dans le domaine considéré. Par conséquent, le Groupe d'experts souhaitera peut-être: a) analyser le coût et les avantages de l'examen collégial en matière de politique de concurrence en fonction de certains éléments – objectifs, portée, critères, caractère facultatif, structure, instances, conception et suivi – et les opinions exprimées à ce sujet, compte tenu des facteurs susceptibles d'encourager les pays à participer à un tel examen ou au contraire de les en décourager, de l'état des travaux pertinents menés par d'autres organisations internationales et des perspectives en la matière ainsi que de l'expérience acquise à l'occasion de tels examens; b) examiner les motifs pour lesquels certains types de consultations n'ont pas été pleinement utilisés dans le cadre des accords multilatéraux existants – à cette fin, une typologie des différents objectifs, instances, aspects institutionnels, du caractère plus ou moins facultatif et des résultats éventuels des consultations ainsi que de leurs liens éventuels avec l'examen collégial, la notification, les mesures destinées à éviter les différends, la courtoisie ou la libéralisation des échanges qui pourraient être engagés à l'occasion de l'élaboration des dispositions types de coopération pourrait être réalisée par le secrétariat de la CNUCED en liaison avec l'élaboration de dispositions types de coopération; et c) réfléchir aux raisons pour lesquelles les méthodes diplomatiques de règlement des différends ne sont pas utilisées et à la manière dont ces méthodes pourraient être adaptées aux affaires de concurrence. Les incidences éventuelles sur la coopération multilatérale en matière de politique de concurrence et sur les objectifs de développement pourraient ainsi être recensées. Cela ne préjugerait pas des décisions à prendre concernant les mesures futures en rapport avec l'examen d'un éventuel cadre multilatéral relatif à la politique de la concurrence, ou sur la question de savoir à quelles dispositions pourrait s'appliquer un mécanisme contraignant du règlement des différends.

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
Introduction	4
I. L'EXAMEN COLLÉGIAL LIBREMENT CONSENTI.....	5
A. Les procédures régionales d'examen collégial applicables à la politique de concurrence	5
B. Les procédures d'examen collégial de la politique de concurrence au sein de l'OCDE	5
C. Le mécanisme d'examen des politiques commerciales de l'OMC.....	7
D. Incidences et recommandations.....	8
II. LES CONSULTATIONS NE S'INSCRIVANT PAS OBLIGATOIREMENT DANS LE CADRE DU RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS.....	12
A. Mécanismes bilatéraux et régionaux	12
B. Mécanismes de l'OCDE	13
C. Mécanismes prévus dans l'Ensemble de principes et de règles	14
D. Mécanismes prévus dans les accords de l'OMC	14
E. Incidences et recommandations.....	15
III. LA CONCILIATION, LA MÉDIATION ET LES BONS OFFICES.....	17
A. Mécanismes autres que les mécanismes multilatéraux.....	17
B. Mécanismes multilatéraux.....	17
C. Incidences et recommandations.....	18

Introduction

1. À sa quatrième session, tenue du 3 au 5 juillet 2002, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a demandé au secrétariat de la CNUCED d'établir pour sa cinquième session, «des études sur les conséquences pour les objectifs de développement des pays en développement et des pays les moins avancés d'un renforcement de la coopération multilatérale en matière de politique de concurrence, en particulier ... une étude sur le rôle de différents mécanismes possibles de règlement des différends ou d'autres formules envisageables comme l'examen collégial librement consenti, dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence»¹. En conséquence, un premier rapport intitulé «Le rôle de différents mécanismes possibles de règlement des différends ou d'autres formes envisageables, comme l'examen collégial librement consenti, dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence» (TD/B/COM.2/CLP/37) a été soumis au Groupe lors de sa cinquième session, tenue du 2 au 4 juillet 2003. À cette occasion, le Groupe d'experts a su gré au secrétariat de la CNUCED pour la documentation préparée et lui a demandé de réviser/mettre à jour le rapport à la lumière des observations des États membres, formulées à la cinquième session ou par écrit au plus tard le 31 janvier 2004, et de lui présenter ce rapport à sa sixième session². Le présent rapport révisé a été préparé à la lumière des observations formulées oralement lors de la cinquième session du Groupe (aucune observation écrite n'a été reçue), et en tenant compte des faits ou documents nouveaux pertinents. Il devrait faciliter les consultations qui se dérouleront à l'occasion de la sixième session du Groupe (comme celui-ci l'a demandé à sa cinquième session) et qui constitueront «un débat interactif visant à mieux comprendre les forces et les faiblesses de l'examen collégial des politiques de concurrence grâce à des comparaisons entre les formules appliquées dans diverses instances»³.

2. La présente étude porte donc sur le rôle que pourraient jouer, dans le cadre de la coopération internationale en matière de politique de concurrence, les mécanismes suivants: a) l'examen collégial librement consenti; b) les consultations sur des questions, sur des affaires ou sur l'application d'accords; et c) la conciliation, la médiation et les bons offices⁴. Ces points sont traités dans l'ordre indiqué car l'examen collégial est le mécanisme le plus général et le plus éloigné d'un règlement contraignant des différends; les consultations sont plus ciblées et peuvent porter sur des questions conflictuelles; la conciliation, la médiation et les bons offices sont des moyens diplomatiques de régler des différends particuliers. Les chapitres I, II et III traitent respectivement de chacun de ces mécanismes, examinent les dispositions et les données d'expérience pertinentes dans le cadre de certains instruments bilatéraux, plurilatéraux et multilatéraux, puis illustrent les incidences éventuelles et formulent des recommandations sur la coopération multilatérale en matière de politique de concurrence et sur les objectifs de développement, sans préjuger de mesures futures qui pourraient résulter d'une éventuelle reprise des discussions au sein du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC au sujet d'un cadre multilatéral de la concurrence.

3. La présente étude ne traite pas des questions suivantes: consultations visant directement à résoudre des conflits particuliers; recours à des méthodes diplomatiques de règlement des différends dans le cadre d'accords régionaux; règlement diplomatique des différends grâce à des négociations ou à des enquêtes (y compris par les recherches d'une commission d'enquête)⁵; ou procédures judiciaires de règlement des différends telles que les décisions arbitrales ou judiciaires.

Chapitre I

L'EXAMEN COLLÉGIAL LIBREMENT CONSENTI

A. Les procédures régionales d'examen collégial applicables à la politique de concurrence

4. L'examen collégial a été mis en place récemment au niveau régional dans des domaines étendus qui peuvent inclure la politique de concurrence. L'Union africaine a instauré, en liaison avec le Nouveau Partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD), un mécanisme d'évaluation intra-africaine qui permet d'examiner périodiquement les politiques et pratiques des États parties, afin d'évaluer les progrès enregistrés dans la réalisation d'objectifs arrêtés collectivement et dans le respect des valeurs, codes et principes de gouvernance convenus dans les domaines de la politique, de l'économie et des entreprises⁶. L'examen collégial vise à inciter les pays à examiner attentivement l'impact de leurs politiques nationales non seulement sur le plan interne, mais aussi sur les pays voisins, et à promouvoir une responsabilité mutuelle ainsi que le respect des meilleures pratiques. L'État partie doit établir un calendrier pour atteindre les normes et objectifs convenus en tenant compte de sa situation particulière. Il est frappant de constater que ce mécanisme, qui n'a pas encore été utilisé, n'a pas été imposé aux Africains comme une condition préalable, mais a été librement mis en place par les États parties au NEPAD. L'APEC (Coopération économique Asie-Pacifique) a aussi établi un système d'examens collégiaux portant sur les plans d'action individuels (PAI) destinés à réaliser les objectifs de l'APEC en matière de libéralisation et de facilitation du commerce et de l'investissement, y compris en matière de politique de concurrence; ces examens visent à déterminer si les PAI sont suffisamment complets, larges et clairs et contribuent efficacement à la mise en œuvre du Programme d'action d'Osaka. Ces examens auraient pour avantages d'être entièrement facultatifs, d'associer les entreprises, de prendre acte des réformes de libéralisation entreprises depuis les années 80 et d'empêcher tout retour en arrière; ils présentent néanmoins des lacunes dans la mesure où ils pourraient être plus exhaustifs, transparents et conviviaux⁷.

B. Les procédures d'examen collégial de la politique de concurrence au sein de l'OCDE

5. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) procédait à des examens par pays des réformes réglementaires et des politiques de concurrence auxquels les pays concernés participaient librement. Les politiques et les résultats d'un pays membre dans les différents domaines de réglementation étaient examinés par d'autres pays membres. Le secrétariat de l'OCDE rédigeait des rapports détaillés pour chaque pays à partir des réponses du gouvernement concerné aux questionnaires de l'OCDE, des visites d'experts dans le pays examiné et des réactions des autorités au projet de rapport établi. L'un des principaux rapports servant de base à l'examen portait sur le rôle de la politique de concurrence dans la réforme réglementaire et s'articulait comme suit: a) origines historiques de la politique de concurrence; b) questions de fond, parmi lesquelles les dispositions du droit de la concurrence; c) questions institutionnelles telles que les structures et les pratiques de mise en exécution; d) limites de la politique de concurrence, notamment les dérogations et les régimes réglementaires particuliers; e) défense de la concurrence au sein de la réforme de la réglementation; et f) conclusions et choix de politiques. Ce rapport était présenté au Comité de la concurrence pour examen; les représentants de l'autorité de la concurrence concernée étaient ensuite «interrogés» par les représentants de deux pays membres, puis par d'autres pays membres. Suite à un examen moins

approfondi réalisé par un autre organe de l'OCDE, le rapport était révisé par le secrétariat et publié. Même si elles n'avaient pas un caractère contraignant, les recommandations découlant de ces examens avaient souvent été suivies par les pays examinés, mais le Comité de la concurrence ne s'occupait pas lui-même de savoir si cela avait été le cas. Ces examens par pays sont maintenant abandonnés. Leurs points forts étaient la formulation d'orientations possibles et de recommandations, une forte participation des pays membres aux séances et l'apport des connaissances spécialisées du Comité de la concurrence; par contre, le fait que le suivi des recommandations antérieures et de leur mise en œuvre n'était pas examiné était considéré comme un point faible⁸.

6. Dernièrement, l'OCDE a mis en place une procédure analogue (quoique moins approfondie) dans le cadre de laquelle le Comité d'examen des situations économiques et des problèmes de développement réalise des études économiques sur les pays membres. Ces études portent sur des questions macroéconomiques et structurelles (un chapitre particulier étant consacré à la politique de concurrence) et la participation des pays examinés est obligatoire. Ces études sont appréciées des pays membres en raison de la profondeur et de la rigueur de l'analyse et aussi à cause de l'examen périodique des recommandations antérieures; par contre, il est difficile de s'assurer que tous les membres du Comité disposent de connaissances appropriées et de suffisamment de temps pour préparer les examens et certains pays, en particulier les plus petits, ont du mal à s'intéresser ou à participer aux examens⁹. Les examens plus ciblés et plus approfondis du Comité de la concurrence se poursuivront parallèlement aux études économiques du Comité d'examen des situations économiques et des problèmes de développement.

7. Une procédure analogue a été mise en place pour les pays non membres de l'OCDE, dont la participation est facultative. Lors du troisième Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence (10 et 11 février 2003), la politique de concurrence sud-africaine a été examinée sur la base d'une étude réalisée par le secrétariat de cette organisation, dans laquelle les modalités d'application de cette politique faisaient généralement l'objet d'une opinion favorable¹⁰. Le Ministre sud-africain du commerce et de l'industrie s'est déclaré satisfait des conclusions de l'étude; la plupart des mesures d'amélioration préconisées ont été acceptées et sont en cours d'adoption¹¹. À l'occasion du compte rendu qui en a été donné lors du Forum mondial conjoint sur les échanges et la concurrence tenu en 2003, il a été déclaré que cet examen avait permis à l'Afrique du Sud de bénéficier d'observations constructives et bien intentionnées de la part de ses auteurs et d'autres participants; que l'examen collégial pourrait permettre d'encourager le dialogue au sujet de meilleures pratiques et l'adoption de telles pratiques; que pour tirer parti au maximum de l'examen, celui-ci devrait être volontaire; et qu'un organisme qui déciderait de ne pas participer enverrait un signal clair aux autorités de la concurrence, dans le pays comme à l'étranger¹². Au cours des débats qui ont suivi, il a été dit que l'examen collégial ne portait pas atteinte à la souveraineté nationale; qu'il pourrait contribuer au renforcement des capacités et des moyens des organismes compétents en matière de concurrence; et qu'il serait souhaitable qu'il soit transparent et que le secteur privé comme la société civile y participent. La politique de concurrence du Chili a également été examinée à l'occasion de la première réunion du Forum latino-américain sur la concurrence organisé par l'OCDE et la Banque interaméricaine de développement les 7 et 8 avril 2003, et la politique du Pérou devrait être examinée lors de la deuxième réunion du Forum (14 et 15 juin 2004). Le droit et la politique de concurrence de la Fédération de Russie ont été examinés lors du quatrième Forum mondial sur la concurrence (12 et 13 février 2004) et d'autres examens sont prévus à l'avenir.

C. Le mécanisme d'examen des politiques commerciales de l'OMC

8. Le mécanisme d'examen des politiques commerciales de l'OMC a pour objet de contribuer à ce que tous les membres respectent davantage les règles des échanges multilatéraux, et donc à faciliter le fonctionnement du système commercial multilatéral, en permettant une transparence accrue et une meilleure compréhension des politiques et pratiques commerciales des membres. Il n'est toutefois pas destiné à servir de base pour assurer le respect d'obligations spécifiques découlant des Accords de l'OMC¹³. Tous les membres sont soumis à un examen: les quatre membres détenant les parts les plus importantes du commerce mondial font l'objet d'un examen tous les deux ans, les 16 suivants tous les quatre ans et les autres tous les six ans. Un intervalle plus long peut être fixé pour les pays les moins avancés (PMA). Les premiers examens sont essentiellement effectués par les pays qui se portent volontaires tandis que les seconds suivent le cycle de rotation fixé. L'organe d'examen des politiques commerciales procède à l'examen de la politique commerciale du membre concerné sur la base d'un rapport où celui-ci présente sa politique et d'un rapport du secrétariat de l'OMC établi à partir des renseignements provenant des visites dans le pays, des réponses aux questionnaires, des publications et des réactions du membre concerné au projet de rapport; deux examinateurs animent le débat. Bien que les documents et comptes rendus de la réunion soient publiés, aucune recommandation officielle n'est formulée quant aux mesures que le membre concerné doit prendre. Même si les questions de concurrence ne s'inscrivent pas expressément dans le cadre du mécanisme d'examen, le secrétariat de l'OMC et les pays examinés ont choisi de les évoquer dans certains cas et d'autres pays ont posé des questions à leur sujet; cela s'est fait à titre facultatif et à des degrés divers. Le représentant des États-Unis a dit, au sujet des questions qui avaient été posées sur le régime antitrust en vigueur dans son pays lors de l'examen de la politique commerciale des États-Unis mené en 2001, que «cela avait été une expérience instructive pour son agence, car l'examen avait mis en lumière des différences d'approche et de perspectives par rapport à d'autres institutions»¹⁴.

9. Les examens de la politique commerciale permettent de promouvoir l'assistance technique et le renforcement des capacités, en particulier des PMA, et d'établir des rapports structurés, détaillés et analytiques, mais ils comportent un certain nombre de points faibles: insuffisance des ressources du secrétariat de l'OMC, participation limitée aux réunions, absence de recommandations ou de prescriptions et existence d'un «facteur de résistance» chez les membres examinés vis-à-vis de la procédure d'examen¹⁵. L'un des avantages de ce mécanisme serait d'encourager l'auto-évaluation, mais les examens ne seraient pas suffisamment fréquents pour être pleinement efficaces. Parmi les améliorations préconisées, il a été suggéré que ce mécanisme pourrait davantage aider les pays en développement (en particulier les PMA) à adhérer aux règles en vigueur, évaluer l'impact de l'application de ces règles (notamment en vérifiant si les effets positifs anticipés se sont produits), analyser les obstacles tarifaires et non tarifaires que rencontrent les pays concernés sur leurs principaux marchés d'exportation, et examiner de manière plus approfondie leurs besoins en matière d'assistance technique¹⁶. Lors des discussions au sein du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC, comme dans les communications écrites au Groupe, le point de vue a été exprimé selon lequel le mécanisme d'examen étant destiné à accroître la transparence des politiques et des mesures commerciales, il n'avait pas le même objectif ni la même portée qu'un mécanisme d'examen des politiques de concurrence et ne permettrait pas de disposer du temps nécessaire pour procéder à un examen suffisamment détaillé. De plus, sa fréquence n'était pas

non plus satisfaisante: tous les deux ans serait trop court pour les principaux pays développés, dont les politiques n'auraient que peu varié au cours de cette période, alors que pour la plupart des pays en développement, il serait souhaitable de raccourcir la périodicité prévue, à savoir six ans¹⁷. Il a également été suggéré que le mécanisme d'examen des politiques commerciales continue de traiter de questions générales liées aux politiques de concurrence des membres de l'OMC, et que le mécanisme d'examen des politiques de concurrence porte principalement sur les questions posées par un membre.

D. Incidences et recommandations

10. Il ressort d'un rapport de l'OCDE étudiant certains mécanismes d'examen collégial (notamment ceux de l'APEC, de l'OCDE et de l'OMC mentionnés plus haut) que: a) toutes les formes d'évaluation critique mutuelle ont des caractéristiques communes: elles font appel à une commission d'experts; elles représentent une forme collégiale de suivi du respect des engagements; elles recourent à des techniques d'enquête interactives; b) des différences peuvent exister entre pays examinés concernant, par exemple, la périodicité de l'examen, son coût et son ampleur, les niveaux de développement économique et les politiques de fond, ainsi que le processus de sélection des pairs; et c) les objectifs de l'examen peuvent être de formuler des avis relatifs aux politiques, d'inciter à la coordination et à la coopération des décideurs, de collecter et de diffuser des informations ainsi que des modèles de pratiques optimales, d'apporter une assistance et une aide techniques et de surveiller le respect des obligations pour détecter d'éventuelles violations des accords et engagements internationaux¹⁸. D'après ce rapport, tout mécanisme d'examen des politiques de concurrence doit résoudre un certain nombre de questions clefs, à savoir: la fréquence des examens; l'égalité de traitement ou le ciblage de membres en particulier; les critères d'examen (par exemple, la compatibilité des lois sur la concurrence avec les principes de base de l'OMC ou avec les objectifs officiels du pays examiné, les dérogations, les accords de coopération, les pratiques commerciales restrictives préjudiciables aux intérêts des consommateurs et réduisant l'accès aux marchés, les besoins d'assistance technique); les rôles respectifs du secrétariat et des membres; l'examen des recommandations antérieures; la composition du groupe des pairs; la participation facultative ou obligatoire; les obligations des membres examinés en matière de coopération; les conséquences en matière de coûts et de ressources; et d'autres questions telles que la procédure d'approbation des rapports, la publicité, l'augmentation de la pression exercée par les pairs ou les liens avec le mécanisme d'examen de la politique commerciale.

11. Dans une communication envoyée au Groupe de travail de l'OMC, le Canada suggérait qu'un examen collégial fournirait un cadre non conflictuel pour se renseigner sur les politiques et pratiques des autres pays et mieux les comprendre, dans le but d'échanger les meilleures pratiques et d'améliorer les politiques et les institutions nationales, ainsi que se substituer au règlement des différends¹⁹. Néanmoins, il notait que des questions devaient encore être résolues: il s'agissait de savoir quelle devait être la portée ou l'ampleur du mécanisme d'examen; si celui-ci devait examiner l'évolution de l'application de la législation du pays concerné ou se limiter à vérifier la conformité aux engagements pris par le pays en vertu d'un accord-cadre; si la participation devait être facultative ou obligatoire et si la suite donnée aux recommandations devait être examinée par le groupe des pairs. S'il n'était pas contraignant, l'examen collégial ne permettrait pas d'examiner ou de contester les décisions prises par chaque membre, mais donnerait la possibilité aux membres de l'OMC d'étudier l'application systématique du droit et de la politique de la concurrence dans le temps. Une synthèse des travaux réalisés par le Groupe

conjoint sur les échanges et la concurrence de l'OCDE suggérait que les critères ou les thèmes ci-après pourraient être retenus pour de tels examens: questions de fond – teneur de la législation sur la concurrence; questions institutionnelles – structures et pratiques d'application des dispositions; compatibilité de la législation interne avec les principes de base de l'OMC; dérogation à la législation de la concurrence (ce qui en accroîtrait la transparence, faciliterait l'examen de leur impact sur le commerce international et encouragerait une limitation de ces exemptions ainsi qu'une réduction de leur incidence); accords coopératifs; pratiques commerciales anticoncurrentielles; mesures en faveur d'une réforme favorable à la concurrence; et cohérence et compatibilité avec les objectifs déclarés de politique générale du membre concerné²⁰.

12. Au cours des débats du Groupe de travail, comme dans les communications écrites soumises au Groupe, différentes parties ont exprimé des points de vue favorables et formulé des suggestions précises concernant le système d'examen collégial librement consenti²¹. En ce qui concerne les objectifs ou avantages d'un tel système, il a été suggéré que celui-ci pourrait, notamment: accroître les capacités et contribuer au renforcement de la coopération internationale, à la transparence et à la convergence dans ce domaine, avec les avantages qui en découleraient pour le système commercial international; offrir une instance au sein de laquelle les pays préoccupés par la législation du pays faisant l'objet de l'examen pourraient exprimer leurs préoccupations et encourager un règlement constructif du problème; encourager le respect d'un cadre multilatéral de politique de concurrence; identifier les bonnes pratiques qui pourraient être diffusées et les points qui pourraient faire l'objet d'améliorations, y compris toute révision et mise à jour nécessaire de la législation; et établir des liens avec l'assistance technique et le renforcement des capacités de façon à faciliter la participation des pays en développement. En ce qui concerne sa portée, il a été suggéré que ce mécanisme pourrait: mettre l'accent sur les domaines en rapport avec un accord de l'OMC dans le domaine de la concurrence de façon à éviter tout double emploi avec l'examen par les pairs mené au sein de l'OCDE; couvrir une plus large gamme de questions que celles qui pourraient faire l'objet d'un règlement des différends, y compris des questions n'ayant pas donné lieu à un engagement et des questions générales en rapport avec l'efficacité des mesures destinées à assurer le respect des dispositions adoptées comme avec les succès et les problèmes rencontrés; chercher à déterminer, dans le cas d'un pays développé, dans quelle mesure celui-ci coopère avec les autorités compétentes en matière de concurrence d'autres pays, en particulier de pays en développement, et l'assistance technique qu'il leur fournit en matière de concurrence et de renforcement des capacités et, dans le cas d'un pays en développement, l'importance de la culture de la concurrence et la diffusion auprès du secteur public comme du secteur privé d'informations sur le droit et le régime de la concurrence; porter sur le respect des principes de base et l'interdiction des cartels; et ne pas concerner des décisions concernant tel ou tel cas ou des questions en rapport avec la stratégie ou les priorités des autorités compétentes en matière de concurrence. En ce qui concerne les pays en développement et/ou les pays ayant une moins grande expérience dans ce domaine, il a été suggéré qu'un tel mécanisme devrait: reconnaître les besoins des pays en développement et établir une distinction en fonction du niveau de développement de chacun ou de son expérience en matière de législation et de politique de concurrence et accorder à ceux dont les institutions ne sont pas suffisamment développées une période de grâce. Concernant sa conception, il a été suggéré qu'il devrait: permettre un examen des pays et des questions qui réponde aux besoins et aux demandes, par exemple lorsqu'un pays cherche à obtenir des conseils au sujet de sa législation et de sa politique en matière de concurrence ou envisage une coopération

internationale; prévoir une participation dans un premier temps facultative puis progressivement générale à un éventuel cadre multilatéral sur la politique de concurrence; prévoir un quorum s'il n'y a pas de demande explicite d'examen d'un pays (et, dans le cas où le membre concerné est un pays en développement ou fait partie des pays les moins avancés, qu'un pays de ce groupe fasse partie du quorum); organiser des examens collégiaux groupés afin d'assurer une participation véritable et de tenir compte des contraintes budgétaires et politiques; prévoir la participation de pays en développement lors de l'examen d'un pays en développement; prévoir la préparation d'un rapport d'examen initial par un évaluateur indépendant ou d'un rapport par le pays examiné et d'un rapport initial du secrétariat principalement fondé sur le rapport du pays, suivi d'un rapport final du secrétariat tenant compte des points de vue et recommandations formulés lors de l'examen; prévoir la participation de membres spécifiques de l'OMC et d'experts extérieurs; accroître la pression collégiale en assurant une large publicité au rapport et à l'information; prévoir l'examen périodique de l'application des recommandations (un examen de suivi au bout de deux ou trois ans a été suggéré); et s'appuyer sur les travaux pertinents d'autres instances telles que le Forum mondial de l'OCDE, le Réseau international de la concurrence et la CNUCED. D'autre part, on s'est demandé si l'OMC constituait un cadre adapté pour l'examen collégial étant donné que celui-ci ne se substituerait pas à un mécanisme de surveillance du respect des engagements et visait à aider les pays à faire évoluer leur législation sur la concurrence dans le temps. À ce propos, il a été noté que la CNUCED fournissait déjà un tel cadre²². On s'est également demandé si les pays économiquement faibles seraient contraints, sous l'effet de la pression exercée par les pairs et d'autres pressions, à respecter les dispositions d'un cadre multilatéral alors qu'aucun mécanisme ne permettrait de contraindre les intervenants plus puissants à respecter ces dispositions; si cela n'exercerait pas des pressions sur les ressources limitées des pays, et si des pressions ne seraient pas exercées sur les pays en développement afin qu'ils alignent leurs politiques sur celles des pays développés; si les pays ne seraient pas critiqués et si leur régime en matière de concurrence ne serait pas désapprouvé, avec pour conséquence des pressions multilatérales ou bilatérales pour qu'ils renoncent à des exemptions qu'ils ont légalement le droit d'accorder; si l'accent ne serait pas mis sur les approches nationales bien que les problèmes en la matière aient une dimension internationale; sur quelles bases un éventuel cadre multilatéral justifierait un traitement spécial par rapport à d'autres accords de l'OMC, comment éviter tout double emploi avec le mécanisme d'examen des politiques commerciales et tirer parti des travaux menés dans d'autres instances; et si les membres de l'OMC ne seraient pas réticents à fournir des informations à d'autres que le secrétariat ou d'autres membres de l'OMC et à faire l'objet d'un examen de leur part²³. Lors des séminaires régionaux organisés par le secrétariat de la CNUCED sur l'après-Doha, les participants ont répondu aux suggestions visant à mettre en place un système dans lequel des pays pourraient demander à subir une évaluation collégiale du type de celle de l'OCDE ou à soumettre leur politique de concurrence à un examen périodique comparable à celui de leur politique commerciale en exprimant des préoccupations ou des doutes similaires et en se demandant si l'intervalle entre deux examens ne serait pas trop long; si le processus ne serait pas trop coûteux; si les pays en développement ne seraient pas soumis à des pressions; dans quelle mesure – non sans scepticisme – les autorités des pays développés et des pays en développement ou des PMA pourraient être considérées comme des pairs; et si un mécanisme facultatif serait utile²⁴.

13. Compte tenu de tous les points susmentionnés, de l'état et des perspectives des travaux dans le domaine de la politique de concurrence menés par d'autres organisations internationales et de l'expérience acquise à l'occasion des examens collégiaux effectués par ces organisations, le Groupe d'experts voudra peut-être procéder à une analyse du coût et des avantages d'un examen collégial en fonction des objectifs et de la structure que celui-ci pourrait avoir, de sa couverture, des critères appliqués, de l'instance concernée, de sa conception ainsi que des incidences sur la coopération internationale et sur la politique de concurrence des pays en développement. À cette fin, les principales questions examinées pourraient être les suivantes: volontariat ou automaticité dans le choix du pays à examiner; portée de l'examen (se bornerait-il à vérifier le respect d'éventuels accords, à examiner la législation sur la concurrence et l'évolution de son application ou porterait-il sur la compatibilité de la législation avec les principes fondamentaux de l'OMC ou avec les objectifs officiels du pays examiné?); mesure dans laquelle seraient étudiés les effets de la politique de concurrence du pays examiné sur d'autres pays et les effets de la politique de concurrence d'autres pays sur le pays examiné, ainsi que l'expérience acquise en matière de coopération internationale; critères d'examen (qui les fixerait et selon quelles modalités? Seraient-ils les mêmes dans le temps et pour l'examen d'autres pays?); formulation ou non de recommandations contraignantes et degré de consensus nécessaires à leur adoption; diffusion ou non de ces recommandations; existence ou non d'une surveillance et d'un suivi de l'application des recommandations; surveillance ou non de l'impact économique de l'application de ces recommandations ou du respect d'éventuels accords multilatéraux; liens qui seraient noués avec l'assistance technique; périodicité de l'examen de chaque pays; modalité de prise en charge des dépenses des pays examinés; facteurs susceptibles d'inciter les pays à participer à ces examens ou au contraire de les en dissuader; composition du groupe d'examen; instance dans laquelle se déroulerait cet examen, comment le relier aux travaux en cours des diverses instances et, dans le cas où plus d'une instance ou d'un mécanisme d'examen est concerné, comment la tâche serait répartie et comment la cohérence et la coordination seraient-elles assurées.

Chapitre II

LES CONSULTATIONS NE S'INSCRIVANT PAS OBLIGATOIREMENT DANS LE CADRE DU RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS

A. Mécanismes bilatéraux et régionaux

14. Certains accords bilatéraux de coopération en matière de politique de concurrence ne comportent pas de dispositions prévoyant expressément des consultations, mais celles-ci peuvent avoir lieu malgré tout dans le cadre de la mise en œuvre d'autres dispositions. D'autres accords stipulent que des consultations peuvent se tenir sur toute question relative à l'accord concerné, soit à la demande de l'une des parties, soit dans le cadre de réunions régulièrement organisées. Par exemple, l'accord conclu entre les États-Unis et le Japon est unique en son genre car il permet d'organiser non seulement des consultations par la voie diplomatique sur n'importe quelle question soulevée concernant son application, mais aussi des consultations directes entre les autorités de la concurrence concernées sur des questions en découlant; les autorités de la concurrence des parties doivent aussi se réunir chaque année pour échanger différents types d'informations sur les activités que l'autre a menées dans le domaine considéré²⁵. L'accord conclu entre les États-Unis et le Brésil dispose que l'une ou l'autre partie peut demander la tenue de consultations sur n'importe quelle question s'y rapportant, en indiquant les motifs de sa requête et si les consultations doivent être accélérées en raison des délais de procédure ou d'autres contraintes; chaque partie doit consulter rapidement la partie demanderesse afin de trouver une solution compatible avec les objectifs de l'accord en question²⁶. Les dispositions relatives aux consultations évoquent souvent les principes de l'accord concerné, celui conclu entre les États-Unis et l'Union européenne, par exemple, dispose que, dans toute consultation, chaque partie doit tenir compte des principes de coopération arrêtés dans ledit accord et doit être prête à expliquer à l'autre les résultats précis de l'application desdits principes à la question qui fait l'objet des consultations²⁷. À quelques différences près, des termes analogues sont utilisés dans la plupart des accords de coopération conclus par les États-Unis ou par le Canada.

15. Dans l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Costa Rica, les dispositions relatives aux consultations vont plus loin car elles prévoient une sorte d'examen collégial²⁸. Les parties doivent examiner non seulement les questions afférentes au fonctionnement, à la mise en œuvre, à l'application ou à l'interprétation du chapitre sur la politique de concurrence, mais aussi les mesures d'interdiction d'activités anticoncurrentielles et l'efficacité des mesures d'application. Les parties doivent se consulter au moins une fois tous les deux ans, ou sur la demande écrite de l'une des parties, et doivent nommer des personnes chargées de veiller à ce que les consultations demandées aient lieu en temps voulu. Si les parties ne s'entendent pas pour trouver une solution mutuellement satisfaisante à une question soulevée dans une requête écrite, elles doivent saisir la Commission du libre-échange mise en place pour surveiller l'application globale dudit accord. Contrairement à cet accord, qui contient des dispositions détaillées, l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili ou l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) prévoient simplement que chaque partie doit collaborer sur les questions relatives à l'application du droit de la concurrence pour lesquelles les consultations sont l'une des méthodes de coopération énumérées²⁹. En fait, bien qu'elles soient prévues dans la plupart des accords régionaux ou sous-régionaux, les consultations ont une portée beaucoup plus large dans quelques-uns de ces accords, qui vont jusqu'à prévoir la communication de l'opinion de l'autorité de la concurrence d'une partie sur les affaires dont l'autorité de la concurrence de l'autre partie est saisie, ou sur

des projets de décision soumis pour observation³⁰. Certains accords font obligation d'engager des consultations avant d'entreprendre certaines actions alors que la plupart prévoient également l'obligation d'engager des consultations à chaque fois que la demande en est faite. Ainsi par exemple, l'Accord de libre-échange entre la Communauté européenne et l'Afrique du Sud prévoit que les parties doivent engager des consultations, à la demande de l'une ou l'autre partie, à chaque fois que la Commission européenne ou la Competition Authority d'Afrique du Sud décide d'engager une enquête ou envisage de prendre une mesure susceptible d'avoir d'importantes incidences sur les intérêts de l'autre partie, et que les deux parties doivent s'efforcer de trouver une solution mutuellement acceptable au vu de leurs intérêts respectifs et compte dûment tenu de leur législation, de leur souveraineté, de l'indépendance des autorités compétentes en matière de concurrence et de la courtoisie internationale³¹. Toutefois, l'une ou l'autre partie peut prendre des «mesures appropriées» après consultation au sein du Conseil de coopération si elle considère qu'une pratique n'a pas donné lieu à des mesures appropriées et nuit à ses intérêts. Des dispositions similaires, c'est-à-dire prévoyant des consultations au sein d'un Conseil de coopération ou d'un Conseil d'association avant l'adoption de toute mesure, sont prévues par divers accords conclus par la Commission européenne.

B. Mécanismes de l'OCDE

16. Au niveau plurilatéral, la recommandation que l'OCDE a adoptée en 1995 dans ce domaine dispose que la tenue de consultations peut être demandée par un pays membre qui estime: a) qu'une enquête ou une procédure engagée par un autre pays membre peut affecter d'importants intérêts le concernant; ou b) qu'une ou plusieurs entreprises situées dans un ou plusieurs autres pays membres se livrent ou se sont livrées à des pratiques commerciales restrictives, de quelque origine que ce soit, qui portent gravement préjudice à ses intérêts³². Les demandes de consultations devraient être faites dès que possible après réception de la notification des activités de l'autorité de la concurrence qui affectent d'importants intérêts de la partie demanderesse et elles devraient expliquer de manière suffisamment détaillée quels sont les intérêts nationaux touchés pour être dûment examinées. Tout pays membre ainsi consulté devrait considérer attentivement et avec bienveillance les vues et les faits que peut présenter le pays requérant et en particulier a) toute suggestion quant aux autres moyens de répondre aux besoins ou aux objectifs de l'enquête ou de la procédure en matière de concurrence et b) la nature des pratiques anticoncurrentielles en cause, les entreprises impliquées et les effets préjudiciables allégués sur les intérêts du pays requérant. Afin de prévenir ou de minimiser un éventuel conflit, tous les pays participant aux consultations devraient prendre pleinement en compte les intérêts évoqués et les vues exprimées pendant les consultations. Toutefois, la participation à des consultations ne préjuge pas de la poursuite de la procédure, le pays consulté restant totalement libre de sa décision finale. Toutefois, lorsqu'un pays membre reconnaît que des entreprises situées sur son territoire se livrent à des pratiques anticoncurrentielles préjudiciables aux intérêts du pays requérant, il devrait s'efforcer d'obtenir que ces entreprises prennent des mesures correctrices ou devrait prendre lui-même toute mesure correctrice qui lui paraît appropriée, y compris des mesures en vertu de sa réglementation de la concurrence ou des mesures administratives, sur une base volontaire et compte tenu de ses intérêts légitimes. En outre, sans préjudice d'aucun de leurs droits, les pays membres parties aux consultations devraient s'efforcer de trouver une solution mutuellement acceptable compte tenu de leurs intérêts respectifs. En cas de conclusion satisfaisante des consultations, les deux pays devraient, sous la forme convenue, informer le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE des principaux points du règlement intervenu.

C. Mécanismes prévus dans l'Ensemble de principes et de règles

17. L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives dispose (au paragraphe F.4) que si un État, notamment un pays en développement, estime que des consultations avec un autre État ou d'autres États sont appropriées au sujet d'une affaire concernant le contrôle des pratiques commerciales restrictives, il peut demander des consultations en vue de trouver une solution mutuellement acceptable. Si des consultations doivent avoir lieu, les États en cause peuvent demander au Secrétaire général de la CNUCED d'assurer, pour ces consultations, des services de conférence convenus d'un commun accord. Les États devraient prendre pleinement en considération les demandes de consultations et, après accord sur l'objet et les procédures des consultations, celles-ci devraient avoir lieu au moment approprié. Si les États en cause en décident ainsi, un rapport commun sur les consultations et leurs résultats devrait être établi par eux et, s'ils le désirent, avec le concours du secrétariat de la CNUCED, être mis à la disposition de la CNUCED pour être publié. Jusqu'à présent, ce mécanisme n'a été utilisé qu'une seule fois: au milieu des années 80, un pays en développement a demandé, par l'intermédiaire du secrétariat de la CNUCED, d'engager des consultations avec un pays développé concernant l'interdiction, par une société pharmaceutique de ce pays, des exportations de produits pharmaceutiques provenant d'un pays en développement voisin qui étaient fabriqués dans le cadre d'une licence octroyée par cette société. Les autorités du pays développé en ont informé la société en question et ont transmis au pays en développement concerné la réponse de cette dernière expliquant les motifs de l'interdiction. Cette question a été portée à l'attention du Groupe d'experts au cours de consultations informelles.

18. Dans une autre section (par. G.3), l'Ensemble de principes et de règles dispose que l'une des fonctions du Groupe d'experts est de «servir de cadre et prendre des dispositions pour des consultations, des discussions et des échanges de vues multilatéraux entre États sur les questions concernant l'Ensemble de principes et de règles, en particulier son application et l'expérience qui en découle». Ce mécanisme de consultations sert de cadre à la présentation d'exposés, à l'échange de données d'expérience et à des débats sur des questions de concurrence à caractère général lors des sessions annuelles du Groupe d'experts.

D. Mécanismes prévus dans les accords de l'OMC

19. Des mécanismes de consultations distincts (autres que les consultations obligatoires prévues dans le cadre de la procédure de règlement des différends) ont également été mis en place sous l'égide de l'OMC. Une décision du GATT adoptée en 1960 prévoit l'organisation de consultations bilatérales ou multilatérales, selon le cas, en cas de pratiques restrictives portant atteinte au commerce international. Elle prévoit que toute Partie contractante sollicitée devrait examiner toute demande de consultations avec compréhension et se prêter à des consultations avec la partie demanderesse en vue d'arrêter des conclusions mutuellement satisfaisantes³³. Si elle reconnaît l'existence d'effets dommageables, elle devrait prendre les mesures qui lui paraîtraient indiquées pour en assurer la suppression. Les conclusions des consultations doivent être communiquées aux membres de l'OMC. Cette procédure a été utilisée pour la première fois par les États-Unis et le Japon dans l'affaire des pellicules photographiques, qui portait sur des pratiques commerciales restrictives censées toucher les importations de pellicules photographiques sur leurs marchés respectifs (l'Union européenne a aussi souhaité participer à ces consultations)³⁴. Toutefois, les consultations n'ont pas eu lieu et n'ont pas eu d'incidence sur l'issue de l'affaire.

20. En vertu de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), chaque membre se prête, à la demande de tout autre membre, à des consultations en vue d'éliminer les pratiques commerciales des fournisseurs de services restreignant la concurrence et donc le commerce des services. Le membre auquel la demande sera adressée l'examinera de manière approfondie et avec compréhension et coopérera en fournissant des renseignements non confidentiels publics qui présentent un intérêt en l'espèce et d'autres renseignements disponibles, sous réserve de sa législation intérieure et de la conclusion d'un accord satisfaisant concernant le respect du caractère confidentiel de ces renseignements. Cette procédure n'a pas encore été utilisée. Elle s'applique, que le membre auquel la demande a été adressée ait pris ou non un engagement spécifique au sujet du secteur des services en question, mais ne couvre toutefois pas le comportement des monopoles et les fournisseurs exclusifs de services dans les secteurs pour lesquels des engagements spécifiques ont été pris (des procédures distinctes, allant au-delà des consultations, sont alors prévues).

21. Conformément à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), tout membre de l'OMC, qui envisage de prendre des mesures pour qu'un titulaire de droit de propriété intellectuelle ressortissant d'un autre membre ou domicilié sur le territoire de ce membre respecte sa législation sur les pratiques anticoncurrentielles en matière d'accord de licence, peut adresser à ce membre une demande de consultation, que celui-ci devra accepter, 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 a été adressée l'examinera de manière approfondie et avec compréhension, et fournira des renseignements selon des modalités comparables à celles énoncées dans l'AGCS. Inversement, si les ressortissants d'un membre domiciliés sur le territoire de ce membre font l'objet de procédure par un autre membre, le membre en question pourra obtenir de l'autre membre la tenue de consultations. Aucune de ces procédures n'a encore été utilisée.

E. Incidences et recommandations

22. À l'occasion des séminaires régionaux organisés par le secrétariat de la CNUCED sur l'après-Doha, il a été suggéré qu'un cadre multilatéral relatif à la concurrence pourrait prévoir différents types de mécanismes, à commencer par des consultations périodiques entre les États sur des questions précises ayant trait à la concurrence³⁵. Au cours des débats au sein du Groupe de travail de l'OMC, et dans les communications écrites soumises au Groupe de travail, il a en outre été suggéré qu'un accord de l'OMC relatif à la concurrence prévoie un mécanisme général de consultation distinct des consultations prévues par le mécanisme de règlement des différends; cela permettrait aux membres de débattre du fonctionnement de l'accord ou de contribuer à la réalisation de ses objectifs, y compris de toute question bilatérale ou confidentielle, ou à l'évaluation par un membre du respect par la législation d'un autre membre des dispositions d'un accord de l'OMC (notamment des principes de base que sont la transparence, la non-discrimination et l'équité en matière de procédure); toutefois, on pourrait alors poser la question de savoir si l'accord impose des obligations. Les membres seraient tenus d'engager des consultations sur demande dûment notifiée et de dissocier ces consultations de celles engagées dans le cadre du mécanisme de règlement des différends, ce qui constituerait un complément essentiel au processus, entouré d'une plus large publicité, d'examen par les pairs, tous deux concernant toutefois des préoccupations spécifiques des membres et facilitant le partage d'informations, le renforcement des capacités, le respect des dispositions applicables, la création

d'une culture de la concurrence et la convergence en matière de politique de concurrence³⁶. Sans préjuger de ces questions, le secrétariat de la CNUCED pourrait considérer utile d'élaborer une typologie des divers objectifs et formes des consultations portant notamment sur des questions (qui pourraient être regroupées en différentes catégories), sur des affaires, sur l'échange général de données d'expérience ou sur l'application des dispositions, la réalisation des objectifs ou le respect des principes contenus dans des accords, y compris les aspects institutionnels, le caractère plus ou moins obligatoire des consultations, les résultats possibles envisagés de ces consultations et les liens éventuels avec l'examen collégial, la notification, la prévention des conflits, la courtoisie internationale ou la libéralisation du commerce, assortie de commentaires explicatifs et illustrés par des exemples fictifs. Il serait judicieux d'établir cette typologie en liaison avec l'élaboration de nouvelles dispositions types de coopération en matière de droit et de politique de la concurrence, comme il était proposé dans un rapport antérieur du secrétariat de la CNUCED³⁷. Au cours du débat sur les dispositions types de coopération ayant trait aux consultations, le Groupe d'experts pourrait souhaiter rechercher les questions pour lesquelles certains types de consultations multilatérales ont été peu utilisés jusqu'à présent.

Chapitre III

LA CONCILIATION, LA MÉDIATION ET LES BONS OFFICES

A. Mécanismes autres que les mécanismes multilatéraux

23. Aucun accord bilatéral de coopération concernant l'application du droit de la concurrence ne prévoit de mécanisme de règlement des différends³⁸. Les accords de libre-échange, d'union douanière ou de marché commun/unique peuvent comporter des mécanismes généraux de règlement des différends applicables à tous les domaines, mais aucun d'entre eux n'a créé de mécanisme spécialement consacré à la politique de concurrence. Toutefois, certains accords de libre-échange conclus aux Amériques (y compris l'ALENA et les accords de libre-échange conclus par le Canada avec le Chili et le Costa Rica) excluent expressément les différends sur la politique de concurrence du champ des procédures de règlement des différends qui y sont visées (seules les procédures obligatoires sont prévues) ou de l'arbitrage. Au niveau plurilatéral, la recommandation de l'OCDE adoptée en 1995 prévoit un mécanisme de conciliation pour résoudre les différends au cas où aucune solution satisfaisante n'aurait été trouvée à l'issue de la procédure de consultation décrite au précédent chapitre; les pays membres concernés qui le souhaitent devraient envisager d'avoir recours aux bons offices du Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE dans le cadre d'une procédure de conciliation. Le secrétariat de l'OCDE devrait établir une liste de personnes acceptant de jouer le rôle de conciliateur. Les procédures à suivre sont déterminées en accord avec les pays concernés, les conclusions éventuellement adoptées n'étant pas contraignantes et les travaux devant rester confidentiels sauf si les parties en décident autrement. Jusqu'à présent, ce mécanisme de consultation n'a pas été utilisé. Lors de l'examen, en 1987, d'une version antérieure de la recommandation de 1995, on a considéré que cela était dû au fait que la notification, l'échange d'informations et les consultations avaient permis de prévenir ou de résoudre les conflits³⁹.

B. Mécanismes multilatéraux

24. Au niveau multilatéral, l'Ensemble de principes et de règles dispose (au paragraphe G.4) que, dans l'exercice de ses fonctions, ni le Groupe d'experts ni aucun de ses organes subsidiaires n'agit comme un tribunal ou n'émet, de toute autre manière, de jugement quant aux activités ou à la conduite de tel ou tel gouvernement ou de telle ou telle entreprise à l'occasion d'une transaction commerciale spécifique; ils devraient éviter d'intervenir dans un différend entre entreprises parties à une transaction commerciale spécifique.

25. Le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC dispose que les parties à un différend peuvent, si elles en conviennent ainsi, faire appel aux bons offices, à la conciliation et à la médiation pour régler un différend; le Directeur général de l'OMC peut, de sa propre initiative, proposer ses services à cette fin⁴⁰. Il reste que jusqu'à présent aucune de ces procédures n'a été utilisée. Un groupe de réflexion indépendant basé au Royaume-Uni a publié un rapport dans lequel il préconisait que l'on mette davantage l'accent sur le recours à d'autres méthodes de règlement des différends ou à des activités qui peuvent contribuer à mieux préciser les questions qui se posent dans l'intérêt du processus de règlement des différends lui-même, à condition que cela accélère et ne retarde pas le règlement des différends⁴¹. Plusieurs personnes interrogées en vue de l'élaboration de ce rapport ont affirmé que la médiation (ainsi que l'arbitrage) était en théorie un mécanisme idéal

pour les pays en développement car ceux-ci n'avaient guère la possibilité de participer pleinement aux procédures; toutefois, nombreux sont ceux qui pensent que compte tenu de la réalité politique du système commercial, les pays en développement pourraient, quel que soit le processus, être victimes de pressions fâcheuses et de menaces de la part de pays développés pour qu'ils renoncent à toute action contre eux.

C. Incidences et recommandations

26. Compte tenu de l'insuffisance des données dont on dispose et du fait que cette question a été peu examinée, il est difficile de connaître les raisons pour lesquelles les mécanismes de règlement des différends, quand ils existent, n'ont guère été utilisés dans le cadre de la mise en œuvre d'accords internationaux relatifs ou applicables à la politique de concurrence. Cela est peut-être dû: a) au caractère non contraignant des engagements de coopération pris dans ce domaine ou à la grande liberté que conservent les parties pour décider de l'opportunité et des modalités de coopérer dans chaque affaire, d'où la difficulté à prouver une éventuelle infraction à ces accords; b) à la préférence accordée au règlement de différends par la voie de consultations et de négociations bilatérales informelles et privées, plutôt qu'en faisant appel à des mécanismes plurilatéraux plus officiels associant une tierce partie; c) à l'efficacité de ces consultations bilatérales, qui feraient disparaître la cause du différend; d) à la réticence qu'éprouvent les gouvernements à autoriser une surveillance internationale des décisions d'application prises au niveau national – en d'autres termes, à des problèmes de souveraineté; e) au scepticisme quant à l'efficacité de l'intervention d'une tierce partie – sous forme de conciliation, de médiation ou de bons offices – qui formule des recommandations non contraignantes pour résoudre un différend que les parties se sont avérées incapables de régler par elles-mêmes.

27. Toutefois, le degré d'efficacité de la conciliation, de la médiation ou des bons offices ne devrait pas être comparé à celui d'un mécanisme contraignant de règlement des différends, mais à la situation qui existerait si aucune procédure de règlement des différends n'était en place dans ce domaine. À ce propos, il convient de noter qu'à l'occasion des discussions du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC toutes les parties sont convenues qu'il ne serait pas judicieux d'appliquer les procédures contraignantes de règlement des différends de l'OMC à toutes les dispositions d'un éventuel cadre multilatéral relatif à la politique de concurrence. Toutefois, des différences de vues ont été exprimées quant à la portée du mécanisme envisagé. Certains pays avaient proposé que le règlement des différends ne porte que sur l'interdiction des ententes injustifiables et sur les principes fondamentaux (sauf la transparence), alors que d'autres ont contesté la nécessité de mettre en place un mécanisme de règlement des différends compte tenu non seulement de l'utilité de préserver la liberté des autorités de la concurrence d'engager des procédures et d'éviter de soumettre à une interprétation «critique» les décisions d'application prises par les autorités nationales, mais aussi de la possibilité que les mesures correctives décidées par un groupe spécial de règlement des différends aient des effets préjudiciables, et non pas favorables à la concurrence⁴².

28. Étant donné que les gouvernements ne sont pas disposés à voir leur souveraineté restreinte par un mécanisme international qui contrôlerait les décisions prises pour faire respecter la concurrence, ils seraient peut-être davantage disposés à accepter des procédures facultatives aboutissant à des recommandations non contraignantes et qui attireraient moins l'attention qu'un procès. Les gouvernements «perdants» auraient la possibilité de montrer qu'ils veulent coopérer en toute bonne foi en acceptant les recommandations non contraignantes formulées sans que cela

risque de créer un précédent. En outre, pour de nombreux pays, en particulier les pays en développement, la participation de tiers et le fait que les médiateurs ou conciliateurs ont le pouvoir de formuler des recommandations fondées sur l'équité ou sur d'autres considérations peut les aider à compenser non seulement la relative faiblesse de leur pouvoir de négociation, de leurs connaissances spécialisées ou de leurs ressources, mais aussi le caractère largement facultatif ou discrétionnaire des engagements pris en matière de coopération. Il a également été suggéré que la médiation présentait des avantages particuliers en matière de commerce et de concurrence en raison de sa nature facultative et informelle, qui est plus favorable à la gestion des intérêts des parties (par opposition à l'application des droits) et à la préservation de relations de coopération par la suite, compte tenu de l'importance de la coopération entre autorités nationales afin d'assurer le respect du droit de la concurrence. Toutefois, de même que les consultations, elle présente plusieurs inconvénients, à savoir qu'un participant peut à tout moment mettre fin à sa participation à la procédure, la détourner pour obtenir des informations ou s'en servir pour gagner du temps, les résultats de la procédure étant en outre généralement non contraignants⁴³. Dans tous les cas, les méthodes diplomatiques et les mécanismes obligatoires de règlement des différends ne devraient pas être considérés comme antinomiques, mais comme deux possibilités parmi d'autres (à côté de l'examen collégial ou des consultations) qui pourraient être choisies pour renforcer la coopération multilatérale en matière de droit et de politique de la concurrence.

29. Toutefois, compte tenu du fait que ces méthodes ont été peu utilisées dans le domaine considéré, il serait essentiel de les examiner de manière approfondie pour en connaître les raisons et pour savoir comment les adapter aux caractéristiques de la politique de la concurrence (concernant par exemple la protection des informations confidentielles) et prendre en compte les besoins et les préoccupations des pays en développement. Cela ne préjugerait pas des décisions qui restent à prendre concernant l'adoption éventuelle d'un cadre multilatéral relatif à la politique de concurrence et à son contenu, ou des dispositions qui, le cas échéant, pourraient faire l'objet d'une procédure contraignante de règlement des différends. Les consultations organisées par le Groupe d'experts seraient un cadre tout désigné pour l'examen de ces questions.

Notes

¹ Voir CNUCED, Rapport du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence sur sa quatrième session (TD/B/COM.2/42, TD/B/COM.2/CLP/32), Conclusions concertées, par. 4.

² Voir CNUCED, Rapport du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence sur sa cinquième session (TD/B/COM.2/52, TD/B/COM.2/CLP/39), Conclusions concertées, par. 3.

³ Voir cinquième session, Conclusions concertées, par. 5.

⁴ Ces mécanismes sont souvent regroupés dans la catégorie des méthodes diplomatiques de règlement des différends, par opposition aux dispositifs contraignants. Les termes «médiation» ou «conciliation» sont utilisés par les parties pour régler un différend à l'amiable avec l'aide d'un tiers, qu'il s'agisse d'une personne ou d'une institution. Ils sont employés sans distinction, bien que la conciliation se déroule normalement dans le cadre d'une procédure institutionnelle officielle, ce qui n'est pas forcément le cas de la médiation. La recommandation formulée par le tiers sollicité peut être fondée non seulement sur le droit, mais aussi sur l'équité ou sur d'autres considérations. La différence entre ces deux méthodes et les «bons offices» (action dans laquelle le tiers s'efforce d'amener les parties en conflit à négocier, sans participer lui-même aux négociations ou sans formuler de proposition) est relativement plus claire, même si ces termes sont encore parfois utilisés d'une manière confuse. Ces procédures peuvent être enclenchées soit du fait d'engagements internationaux préalablement pris par les parties, soit d'un commun accord entre ces dernières lorsque le différend se produit, mais les parties sont toujours pleinement libres d'en accepter ou non les résultats (y compris la recommandation éventuellement formulée par le médiateur ou le conciliateur).

⁵ Toutefois, des négociations peuvent dans une certaine mesure s'apparenter à des consultations, qui sont l'une des procédures examinées dans la présente étude. La politique de concurrence ne semble pas se prêter à des enquêtes car celles-ci reviendraient à «évaluer de manière critique» les informations données par les autorités nationales de la concurrence. Toutefois, l'enquête en tant que méthode de règlement des différends devrait être distinguée de la procédure d'enquête qu'une autorité de justice, d'arbitrage ou de conciliation doit nécessairement engager pour résoudre des conflits; par exemple, l'article 13 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, qui constitue l'annexe 2 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech en 1994 (Accord de Marrakech), dispose que les groupes spéciaux de l'OMC peuvent demander des renseignements et considérer tout refus de coopérer comme préjudiciable à la partie concernée.

⁶ Voir Union africaine, trente-huitième session ordinaire de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'OUA, Mécanisme d'évaluation intra-africaine, 8 juillet 2002, Durban (Afrique du Sud).

⁷ Voir OCDE, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, Modalités pratiques d'un examen par les pairs dans un cadre multilatéral relatif à la concurrence, CCNM/GF/COMP/TR(2003)10.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Voir OCDE, *Competition Law and Policy in South Africa*.

¹¹ Voir le site Web de la Commission sud-africaine de la concurrence (<http://www.compcom.co.za/resources/Media>). Les recommandations formulées ont trait notamment à la conclusion d'accords avec d'autres organes de réglementation afin de garantir que la politique de concurrence sera appliquée de manière cohérente dans les secteurs réglementés, qu'une attention accrue sera accordée aux questions autres que les fusions et la promotion de la concurrence, que les ressources seront augmentées et la formation renforcée.

¹² Voir OCDE, *Trade and Competition – from Doha to Cancún*, OCDE, Paris, 2003.

¹³ Voir l'annexe 3 de l'Accord de Marrakech.

¹⁴ Voir OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, Rapport sur la réunion des 5 et 6 juillet 2001, WT/WGTCP/M/15, par. 80.

¹⁵ Voir CCNM/GF/COMP/TR(2003)10.

¹⁶ Voir A. Boormann et G. Koopmann, *Adapting the WTO Trade Policy Reviews to the Needs of Developing Countries – Starting Points and Options*, Institut d'économie internationale d'Hambourg, 2002, étude réalisée pour le compte du Ministère allemand de la coopération économique et du développement.

¹⁷ Voir OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, rapport sur la réunion des 26 et 27 mai 2003, WT/WGTCP/M/22, déclarations de l'Australie et de la République de Corée (par. 76 et 80); communication de la Communauté européenne et de ses États membres – Règlement des différends et examen par les pairs – Options pour un accord de l'OMC sur la politique de la concurrence, WT/WGTCP/W/229; et communication du Japon – Présentation d'un modèle pour l'examen par les pairs, WT/WGTCP/W/236.

¹⁸ Voir CCNM/GF/COMP/TR(2003)10.

¹⁹ Voir OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication du Canada, WT/WGTCP/W/226.

²⁰ Voir OCDE, *Trade and Competition*, op. cit.

²¹ Voir WT/WGTCP/M/22, déclarations de l'Australie, du Brésil, du Canada, de la Communauté européenne et de ses États membres, des États-Unis, du Japon, de la République de Corée, de la Suisse et de Taiwan (province de Chine), par: 62, 72, 74 à 83, 80 à 82, 91 à 93, 95 et 96; et communications de la Communauté européenne et de ses États membres, des États-Unis, de la République de Corée, du Japon et de l'OCDE dans les documents WT/WGTCP/W/229, 233, 235, 236 et 243/244, respectivement.

²² Voir OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, rapport sur la réunion des 20 et 21 février 2003, WT/WGTCP/M/21, déclaration de l'Inde (par. 18 et 19).

²³ Voir WT/WGTCP/M/22, déclarations de l'Égypte, de l'Inde, de Hong Kong (Chine) et du Nigéria, par. 84, 88 et 89, 94 et 100.

²⁴ Voir CNUCED, Closer Multilateral Cooperation on Competition Policy, rapport de synthèse sur les quatre séminaires régionaux consacrés à l'après-Doha et organisés entre les 21 mars et 26 avril 2002.

²⁵ Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement japonais sur la coopération en matière d'activités anticoncurrentielles (Washington, 7 octobre 1999).

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

²⁷ Accord entre le Gouvernement des États-Unis et la Commission des Communautés européennes concernant l'application de la règle de concurrence (Washington, 23 septembre 1991, entrée en vigueur: 10 avril 1995).

²⁸ Accord de libre-échange entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République du Costa Rica (Ottawa, 23 avril 2001).

²⁹ Accord de libre-échange nord-américain conclu entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis du Mexique (Washington, 8 et 17 décembre 1992; Ottawa, 11 et 17 décembre 1992; et Mexico, 14 et 17 décembre 1992). Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili (Ottawa, 14 novembre 1996, entrée en vigueur: 1^{er} juin 1997).

³⁰ Voir CNUCED, L'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés, TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.1.

³¹ Voir Accord sur le commerce, le développement et la coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, d'autre part, 1999.

³² Voir OCDE, Recommandation révisée du Conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux, 27 et 28 juillet 1995, C(95)130/FINAL.

³³ GATT, Dispositions prises en vue de consultations sur les pratiques commerciales restrictives du 18 novembre 1960, figurant désormais dans les accords du GATT de 1994.

³⁴ Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (WT/DS44/R, 31 mars 1998).

³⁵ Voir le rapport de synthèse sur les quatre séminaires régionaux consacrés à l'après-Doha, (*note 22 ci-dessus*).

³⁶ Voir WT/WGTCP/W/233 et WT/WGTCP/M/22 (déclaration du Canada, par. 83).

³⁷ Voir le document TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.1, où il est recommandé d'élaborer de nouvelles dispositions types de coopération en matière de droit et de politique de la concurrence – portant sur les modalités de coopération, les questions de fond et des procédures de prévention ou de règlement des différends, et évoquant à titre facultatif un traitement préférentiel ou différencié pour les pays en développement – accompagnées de commentaires explicatifs et illustrés des exemples fictifs.

³⁸ L'accord de coopération conclu entre la Chine et la Fédération de Russie dispose que les Gouvernements de ces pays devraient faire des efforts raisonnables pour régler à l'amiable tous les désaccords et différends pouvant découler de l'accord en question. Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République populaire de Chine et le Gouvernement de la Fédération de Russie sur la coopération en matière de lutte contre la concurrence déloyale et les monopoles, 25 avril 1996, art. 6.

³⁹ Voir OCDE, *Competition Policy and International Trade: Instruments of Cooperation*, Paris, 1987.

⁴⁰ Voir l'article 5 du Mémoire d'accord.

⁴¹ Voir Federal Trust for Education and Research, *Enhancing the WTO's Dispute Settlement Understanding – A Working Group Report*, 2002, disponible à l'adresse suivante: <http://www.fedtrust.co.uk/Media/>.

⁴² Voir WT/WGTCP/M/21.

⁴³ Voir OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication de l'OCDE – Aperçu des mécanismes d'exécution envisageables dans un cadre multilatéral sur la concurrence, WT/WGTCP/W/240.
