



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/46
6 octobre 2004

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

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

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

Sixième session

Genève, 8-10 novembre 2004

Point 3 de l'ordre du jour provisoire

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

Résumé

L'étude de certains instruments internationaux et de certaines affaires touchant le point à l'examen fait ressortir les questions suivantes: engagements d'appliquer une approche commune figurant dans des instruments internationaux et rapport entre ces engagements et d'autres dispositions desdits instruments; coopération dans le cadre d'affaires déterminées; teneur ou application des lois nationales et mesures d'exécution efficaces au plan national; nature exacte des dispositions relatives à la coopération; incitations à coopérer; restrictions liées à la confidentialité; application des lois sur la concurrence aux seules pratiques commerciales restrictives affectant les marchés extérieurs; traitement préférentiel ou différencié accordé aux pays en développement; moyens de renforcer la coopération entre pays en développement; et coordination accrue entre institutions internationales différentes. Les gouvernements pourraient examiner ces points lorsqu'ils rechercheront les moyens de rendre applicables aux pays en développement d'éventuels accords bilatéraux, régionaux, plurilatéraux ou multilatéraux relatifs à la concurrence. Cet examen pourrait prendre en considération les dispositions pertinentes de l'Ensemble de principes et de règles, du Consensus de São Paulo et des accords de l'OMC. Ces travaux pourraient contribuer à l'élaboration par la CNUCED de dispositions types en matière de coopération, accompagnées d'un commentaire explicatif, ainsi qu'à améliorer la cohérence et la coordination entre différentes formes ou différents niveaux de la coopération internationale en ce domaine. L'idée d'un éventuel cadre multilatéral relatif à la concurrence envisagée naguère dans le cadre de l'OMC n'est pas examinée ici.

* La diffusion tardive du présent document est due à des raisons techniques.

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION	3
I. RÈGLES INTERNATIONALES EN RAPPORT AVEC LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET LE DÉVELOPPEMENT	4
A. L'Accord de coopération Brésil-États-Unis en matière d'application des lois	4
B. Accords commerciaux régionaux	5
C. Instruments de l'OCDE, de l'ICN et de l'OMC	7
II. AFFAIRES AYANT DES INCIDENCES SUR LE PLAN INTERNATIONAL ET DU POINT DE VUE DU DÉVELOPPEMENT	9
A. Affaires en rapport avec des ententes internationales.....	9
B. Affaires examinées dans le cadre de l'ALENA ou de l'OMC	12
III. INCIDENCES ET QUESTIONS À EXAMINER.....	15
A. Méthodes d'approche communes et coopération	15
B. Questions à examiner.....	18

INTRODUCTION

1. À sa cinquième session (du 2 au 4 juillet 2003), le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a demandé au secrétariat de la CNUCED d'établir pour sa sixième session «des études sur les conséquences pour les objectifs de développement des pays en développement et des pays les moins avancés d'un renforcement de la coopération multilatérale en matière de politique de concurrence, en particulier: ...b) un rapport sur la façon d'appliquer d'éventuels accords internationaux sur la concurrence aux pays en développement, notamment par l'octroi d'un régime préférentiel ou différencié pour leur permettre d'adopter et de mettre en œuvre un droit et une politique de la concurrence compatibles avec leur niveau de développement économique»¹. Le présent rapport, établi comme suite à cette demande, repose sur une approche empirique et passe en revue certains instruments internationaux (première partie) et certaines affaires (partie II) dans ce domaine en mettant l'accent sur les aspects intéressant les pays en développement. La troisième partie est consacrée à certaines conséquences et questions que les gouvernements pourraient souhaiter étudier lors de l'examen des points pertinents concernant d'éventuels accords relatifs à la concurrence aux niveaux bilatéral, régional, plurilatéral ou multilatéral.

2. Comme la plupart des instruments et des affaires évoqués dans le présent document ont été mentionnés dans des rapports antérieurs de la CNUCED² ou dans d'autres documents cités, il n'en est pas donné les références complètes, sauf pour certaines affaires nouvelles. Le rapport ne traite pas des accords commerciaux régionaux conclus exclusivement entre pays en développement, pas plus qu'il ne procède à un examen général des dispositions de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenues au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives. Au chapitre 3 cependant, dans la partie traitant des points méritant un examen, il est fait référence à des accords entre pays en développement et à certaines des dispositions de l'Ensemble. Le rapport laisse de côté l'idée d'un éventuel cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC, qui avait été naguère examinée par le Groupe de travail de l'OMC de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence. En effet, aux termes de la Décision du Conseil général de l'OMC de juillet 2004, il a été convenu que l'interaction du commerce et de la concurrence ne ferait pas partie du Programme de travail énoncé dans la Déclaration de Doha et qu'il n'y aurait donc pas de travaux en vue de négociations sur ces questions dans le cadre de l'OMC pendant le Cycle de Doha. Mais cela n'exclut pas quelques

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

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

références à des informations ou vues pertinentes figurant dans la documentation dudit Groupe de travail. Dans tout le texte du rapport, les expressions «pratiques commerciales restrictives» et «pratiques anticoncurrentielles» sont utilisées comme synonymes.

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

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

3. Un trait frappant de nombre d'instruments internationaux traitant de la politique de concurrence est un certain «laxisme», du fait que ces instruments n'aient pas de caractère obligatoire, que leurs dispositions laissent une large marge d'interprétation quant à la voie à suivre, et/ou que le règlement des différends soit exclu de leur champ d'application. Les accords de coopération en matière d'application de la loi ont un caractère obligatoire, mais leurs dispositions sont souvent libellées en termes vagues et soumises à des conditions. Jusqu'ici, un seul accord de ce type a été conclu entre un pays développé et un pays en développement (États-Unis et Brésil). Il reprend les dispositions typiques que l'on retrouve dans la plupart des accords de coopération en la matière, avec des variantes mineures: notification des changements apportés à la loi applicable ou de mesures d'exécution particulières ayant une incidence pour l'autre partie (disposition qui, en l'espèce, est obligatoire sauf dans les cas où des informations confidentielles sont en jeu); engagement de prendre dûment en considération les intérêts importants de chacune des parties à l'occasion d'enquêtes ou de l'application de sanctions contre des pratiques anticoncurrentielles (courtoisie négative); consultations concernant toute question qui se poserait au sujet de l'accord; mise en commun d'informations non confidentielles afin de faciliter l'application effective du droit de la concurrence et de favoriser une meilleure compréhension des politiques et activités de chacune des parties en la matière, dans toute la mesure compatible avec la législation et les intérêts de chacune d'entre elles et dans la limite des ressources raisonnablement disponibles; possibilité d'actions coordonnées contre des pratiques anticoncurrentielles constatées dans les deux pays; et respect de la confidentialité des informations sensibles fournies par l'autre partie. Cet accord renferme aussi une clause de «courtoisie positive» que l'on rencontre dans certains accords modernes, en vertu de laquelle les autorités chargées de la concurrence de chaque partie doivent prendre dûment en considération les demandes de l'autre partie tendant à engager une action répressive contre des pratiques anticoncurrentielles sur le territoire du pays sollicité qui contreviennent à la législation de celui-ci et portent atteinte à des intérêts importants du pays demandeur. Mais cette clause de «courtoisie positive» ne limite pas la faculté, pour les autorités de la concurrence du pays sollicité, de ne pas engager d'action. Elle n'interdit pas non plus aux autorités compétentes du pays demandeur de faire appliquer sa propre législation (bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'il y ait eu infraction à la législation nationale pour que le pays demandeur puisse présenter une demande)³. L'accord Brésil-États-Unis prévoit en outre la fourniture d'une assistance technique.

³ Il convient toutefois de noter que les États-Unis sont le seul pays dont le droit de la concurrence est applicable à des pratiques commerciales restrictives sur des marchés étrangers qui affectent leurs exportateurs.

4. Par contre, cet accord ne prévoit pas la possibilité d'un échange d'informations confidentielles, sous réserve de restrictions à leur usage ou à leur divulgation, dispositions qui figurent dans certains accords modernes. Il ne renferme pas non plus deux autres types de clauses qui ne figurent jusqu'ici que dans l'Accord de coopération en matière d'application de la loi conclu entre l'Australie et les États-Unis: l'obligation de notifier (dans la mesure compatible avec la législation, la politique d'application et d'autres intérêts importants) des informations sur des activités apparaissant comme anticoncurrentielles qui pourraient intéresser les autorités compétentes de l'autre partie ou autoriser le déclenchement d'une action répressive de leur part, même si la partie auteur de la notification ne prend elle-même aucune initiative en la matière; et la possibilité d'une assistance en matière d'investigation, faisant intervenir le recours à des moyens contraignants en vertu de la législation d'un des pays aux fins d'obtenir des informations à la demande de l'autre pays dont des intérêts nationaux importants sont mis en cause par un comportement anticoncurrentiel dans le pays sollicité, même si ce comportement n'est pas illicite au regard de la législation de ce pays.

B. Accords commerciaux régionaux

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

6. L'ALENA et l'Accord commercial bilatéral entre le Canada et le Costa Rica comportent tous deux des dispositions aux termes desquelles chaque partie doit adapter ou maintenir des mesures interdisant les «activités anticoncurrentielles» et prendre les mesures d'exécution voulues par à cette fin. Mais l'Accord entre le Canada et le Costa Rica définit en outre les «activités anticoncurrentielles» comme s'entendant de toute conduite ou opération pouvant faire l'objet de sanctions ou d'autres mesures correctives en vertu des lois sur la concurrence de chacune des parties, ainsi que de tout amendement de ces dispositions et d'autres mesures législatives que les parties pourraient d'un commun accord tenir pour applicables. Ces «activités anticoncurrentielles» comprennent, entre autres, les ententes, les abus de position dominante et les fusions entraînant des effets anticoncurrentiels importants, à moins que ces faits ne soient exclus, directement ou indirectement, du champ d'application de la législation d'une partie ou autorisés par cette législation. Mais l'Accord stipule que ces exclusions et autorisations doivent être transparentes et doivent faire l'objet d'un examen périodique par chaque partie pour déterminer si elles sont nécessaires à la réalisation des objectifs généraux poursuivis. D'autres

dispositions portent sur les points suivants: création ou maintien en existence par chaque partie d'une autorité impartiale chargée de la concurrence, compétente pour prendre les mesures d'exécution voulues et recommander des mesures et des dispositions législatives propres à favoriser la concurrence hors de toute ingérence politique; transparence (publication ou libre disponibilité des textes législatifs, procédures, pratiques ou décisions administratives d'application générale, et notification à l'autre partie des modifications dont ceux-ci pourraient faire l'objet); non-discrimination (en ce qui concerne tant les mesures interdisant les activités anticoncurrentielles que les mesures d'exécution); équité de la procédure (procédures judiciaires et quasi judiciaires justes et équitables et prévoyant une possibilité d'appel ou de réexamen); et assistance technique. Pour ce qui est de la coopération en matière de procédures d'exécution, l'Accord prévoit la notification obligatoire des mesures d'exécution susceptibles d'avoir une incidence sur les intérêts importants de l'autre partie (sauf dans les cas où cela irait à l'encontre de règles de confidentialité ou risquerait de porter atteinte à des intérêts importants) et formule des critères détaillés pour déterminer quel doit être le destinataire de la notification; il comporte également des dispositions concernant les consultations et la courtoisie négative. Il est également prévu que les parties puissent conclure des accords ou arrangements supplémentaires de coopération ou d'entraide judiciaire. Cet accord (comme l'ALENA, ainsi que les accords de libre-échange Canada-Chili et Union européenne-Chili) excluent les différends relatifs à la politique de concurrence de l'application des procédures de règlement des différends.

7. Pratiquement tous les accords commerciaux régionaux conclus par l'Union européenne renferment des dispositions relatives à la politique de la concurrence, mais la nature et la portée de ces dispositions varient. Tous les accords euroméditerranéens stipulent que certaines pratiques (décrites en des termes à peu près similaires à ceux du Traité de Rome) sont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord dès lors qu'elles sont susceptibles d'avoir une incidence sur le commerce entre l'Union européenne et l'autre partie⁴. Certains de ces accords stipulent expressément que ces pratiques devront être appréciées en fonction des critères découlant des articles 81 et 82 du Traité de Rome. Mais d'autres renferment une déclaration de l'Union européenne indiquant que celle-ci appliquera ces critères en attendant l'adoption de règles d'application par les conseils d'association qui doivent être créés en vertu desdits accords. La coopération en matière d'application de la loi est limitée à l'échange d'informations non confidentielles (sans précisions sur le point de savoir qui est compétent pour demander un tel échange). Cependant, les dispositions de ces accords concernant la politique de la concurrence (comme la plupart des autres accords commerciaux régionaux examinés plus loin) n'ont pas encore été précisées par des décisions des conseils créés pour les administrer.

8. Comme les accords euroméditerranéens, l'accord entre l'Union européenne et l'Afrique du Sud ne s'applique qu'aux pratiques commerciales restrictives susceptibles d'influer sur le commerce entre les parties. Mais il s'en distingue par le choix de critères différents de ceux découlant des règles de la concurrence de l'UE (et qui se rapprochent de celles de la législation sud-africaine sur la concurrence) pour caractériser ces pratiques commerciales restrictives, et par la mention expresse d'un lien avec le territoire des parties. Ainsi, l'article 35 de l'accord prévoit le contrôle des accords, décisions et/ou pratiques concertées, verticales et horizontales, qui ont

⁴ Ces accords sont ceux que l'Union européenne a conclus avec l'Algérie, l'Autorité palestinienne, l'Égypte, Israël, la Jordanie, le Liban, le Maroc et la Tunisie.

pour effet d'empêcher ou de restreindre le jeu de la concurrence sur le territoire de l'Union européenne ou de l'Afrique du Sud (sauf si les entreprises peuvent démontrer que les effets favorables au jeu de la concurrence l'emportent sur les effets anticoncurrentiels), ainsi que le contrôle de l'exploitation abusive de la puissance commerciale. D'autres dispositions prévoient des consultations obligatoires sur demande, des échanges d'informations non confidentielles, la fourniture d'une assistance technique et l'application de la courtoisie négative et positive; il n'y a pas d'obligation expresse de notifier les mesures d'exécution.

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

10. L'accord commercial régional entre l'Union européenne et le Mexique (complété par une Décision concertée du Conseil) présente une autre originalité par rapport à l'Accord de Cotonou. Il n'est pas prévu de rapprochement des dispositions de fond. Par contre, les parties s'engagent à appliquer leurs lois sur la concurrence respectives de manière à prévenir les distorsions ou les restrictions du jeu de la concurrence qui pourraient affecter leurs échanges réciproques. Toutefois, la Décision contient des dispositions de très vaste portée relatives à la coopération en matière d'application; par exemple, la notification des activités de mise en œuvre est en principe obligatoire, bien que la liste des actes devant faire l'objet d'une notification soit plus restreinte que dans les accords commerciaux ou accords de coopération en matière d'application conclus par le Canada et par les États-Unis.

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

11. La Recommandation de l'OCDE relative aux ententes injustifiables stipule que les pays membres doivent faire en sorte que leur législation en matière de concurrence mette fin aux ententes injustifiées et ait un effet dissuasif à leur égard, en particulier en prévoyant des sanctions efficaces, des procédures et des instances d'exécution dotées de pouvoirs suffisants. Elle encourage en outre la coopération et la courtoisie internationales pour l'application des lois interdisant les ententes injustifiables, préconisant certains principes et certaines pratiques à cette fin. La définition des ententes injustifiables exclut les accords, pratiques concertées ou arrangements qui «i) sont raisonnablement liés à la réalisation licite d'éléments d'efficacité par réduction des coûts ou accroissement de la production, ii) sont exclus, directement ou indirectement, du champ d'application des législations de la concurrence d'un pays membre ou

iii) sont autorisées conformément à ces législations» (par. 2 b)). Il est toutefois stipulé que toute exclusion ou autorisation de ce qui constituerait ou non une entente injustifiable doit se faire dans la transparence et être réexaminée périodiquement afin de déterminer si elle est nécessaire et ne va pas au-delà de ce qui est indispensable pour réaliser ses objectifs primordiaux. Les pays membres devront notifier chaque année à l'OCDE l'adoption ou la prorogation de ces exclusions ou catégories d'autorisation.

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

13. Les accords de l'OMC renferment un certain nombre de dispositions générales présentant un intérêt potentiel du point de vue de la politique de la concurrence, ainsi que plusieurs dispositions traitant expressément de questions relatives à la politique de la concurrence⁵. Parmi les dispositions présentant un intérêt potentiel on peut mentionner celles qui se rapportent au traitement spécial et différencié. Le secrétariat de l'OMC en a établi une liste qui compte 145 entrées, réparties sous cinq grandes rubriques: a) dispositions visant à accroître les possibilités commerciales par le biais de l'accès aux marchés; b) dispositions imposant aux membres de l'OMC de protéger les intérêts des pays en développement; c) dispositions ménageant une certaine souplesse pour la mise en œuvre des engagements; d) dispositions autorisant des périodes de transition plus longues; et e) dispositions relatives à l'octroi d'une assistance technique. À l'intérieur de ces cinq rubriques, des dispositions supplémentaires visent spécialement les pays les moins avancés⁶. Dans sa Décision du 31 juillet 2004, le Conseil général a en particulier rappelé la décision prise par les Ministres à Doha de réexaminer toutes les dispositions relatives au traitement spécial et différencié en vue de les renforcer et de les rendre plus précises, plus effectives et plus opérationnelles⁷.

⁵ Voir J. Mathis, WTO core principles and prohibition: Obligations relating to private practices, national competition laws and implications for a competition policy framework, rapport d'un consultant de la CNUCED (UNCTAD/DITC/CLP/2003/2).

⁶ Voir OMC, Pays en développement et système commercial multilatéral: le passé et le présent, Note d'information du secrétariat, 1999, et Mise en œuvre des dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords et décisions de l'OMC, Note du secrétariat WT/COMTD/W/77.

⁷ Voir Conseil général de l'OMC, Programme de travail de Doha, Projet de décision du Conseil général du 31 juillet 2004, WT/GC/W/535.

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

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

A. Affaires en rapport avec des ententes internationales

15. Les affaires décrites ci-après touchent toutes aux aspects internationaux de la politique de la concurrence et/ou à l'application de certains des instruments examinés dans la première partie; ils concernent aussi directement les pays en développement ou soulèvent des questions présentant de l'intérêt pour eux⁸. Parmi les principales affaires en rapport avec des ententes internationales qui ont été portées devant les tribunaux, ces dernières années, par les autorités chargées de la concurrence, trois en particulier se distinguent parce qu'elles soulèvent des questions de coopération internationale: elles portaient sur les ententes concernant les *électrodes en graphite*, la *lysine*, et les *vitamines*. Ces trois ententes ont été découvertes, poursuivies et sanctionnées par le Département de la justice des États-Unis, suite à des informations communiquées dans le cadre de son programme de clémence. Par la suite, plusieurs pays ont enquêté sur ces ententes pour en rechercher les effets sur leur propre marché. Dans la République

⁸ Voir S. Evenett, *Can developing countries benefit from WTO Negotiations on binding disciplines from hard core cartels?*, rapport d'un consultant de la CNUCED (UNCTAD/DITC/CLP/2003/3); et OCDE, *Les ententes injustifiables: Progrès récents et défis futurs* (CCNM/COMP/TR(2003)7).

de Corée, la Commission nationale des pratiques commerciales loyales (KFTC) a ouvert une enquête sur des *électrodes en graphite* après avoir lu le compte rendu de ces poursuites. Elle a d'abord essayé de demander aux entreprises soupçonnées de participer à une entente de lui fournir des éléments d'information à cette fin. Toutefois, comme ces entreprises étaient établies à l'étranger et que la plupart d'entre elles n'avaient aucune présence juridique dans le pays, la KFTC n'a pas pu obtenir que ces demandes soient suivies d'effets. Elle a alors adressé des demandes d'informations aux autorités étrangères qui avaient poursuivi l'entente. Certaines de ces autorités ont répondu favorablement, mais les seules informations qu'elles aient fournies étaient déjà dans le domaine public. (La République de Corée n'a conclu d'accord de coopération pour l'application du droit de la concurrence avec aucun autre pays.) Les informations résultant des poursuites pénales engagées aux États-Unis étaient loin d'être négligeables, mais à elles seules, elles n'étaient pas suffisantes pour permettre à la KFTC d'engager une procédure. La KFTC a fini par réussir à imposer des sanctions à six des entreprises étrangères en jeu, mais seulement à l'issue d'une enquête qui lui a coûté énormément de temps et d'efforts.

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

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

18. Une suite importante de l'affaire des *vitamines* s'est produite aux États-Unis et a bien montré la portée internationale des lois antitrust de ce pays. En vertu de la «doctrine des effets», ces lois sont applicables à un comportement à l'étranger si ce comportement visait à produire – et a bien produit – un effet substantiel aux États-Unis. Cette doctrine de *common law* a été confirmée par la loi de 1982 sur l'amélioration de l'action antitrust dans le commerce extérieur (FTAIA) des États-Unis, qui pose en règle générale que la loi Sherman n'est pas applicable au commerce extérieur, à moins que le comportement visé n'ait un effet direct, substantiel et

raisonnablement prévisible sur les importations, le commerce interne ou les exportations des États-Unis, et que cet effet ne soit de ceux qui sont considérés comme dommageables au sens de la loi Sherman. La récente affaire *Empagram* a eu pour origine les actions privées engagées par des sociétés étrangères établies en Australie, en Équateur, au Panama et en Ukraine, qui achetaient à l'étranger auprès de fabricants étrangers des *vitamines* destinées à être livrées hors des États-Unis, et qui étaient lésées par l'entente. Invoquant la FTAIA, les plaignants étrangers (en même temps que les acheteurs établis aux États-Unis) réclamaient aux membres de l'entente des dommages et intérêts au triple en raison des prix excessifs auxquels ils avaient acheté les vitamines sur les marchés étrangers, au motif que le comportement des défendeurs avait aussi produit des effets internes qui avaient donné lieu à des recours antitrust déposés par des plaignants internes, si bien que l'affaire relevait de l'«exception de dommages internes» prévue par la FTAIA. Une cour d'appel s'étant prononcée en matière de compétence en un sens favorable aux plaignants, l'affaire a été portée devant la Cour suprême. Le Département de la justice et la Commission fédérale du commerce des États-Unis ont déposé un mémoire commun *d'amicus curiae* pour demander que la décision soit infirmée, tandis que les Gouvernements allemand, britannique, canadien et japonais déposaient aussi des mémoires pour demander instamment que l'on ne permette pas que leurs ressortissants ignorent les voies de recours internes qui étaient à leur disposition, ce qui risquait de compromettre l'équilibre des considérations antagonistes que représentaient leurs législations antitrust et de compromettre leurs propres programmes d'action antitrust et d'amnistie.

19. Se prononçant à l'unanimité sur cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a estimé qu'il était déraisonnable d'appliquer la législation antitrust des États-Unis à un comportement dont le caractère étranger était marqué, dans la mesure où ce comportement causait un dommage à l'étranger et où seul le dommage causé à l'étranger donnait lieu à un recours; la décision de la cour d'appel a été infirmée comme étant incompatible avec l'intention du Congrès qui était à l'origine de la loi sur l'amélioration de l'action antitrust dans le commerce extérieur (FTAIA) et avec les principes de courtoisie internationale, lesquels voulaient que l'on s'abstienne de tout atteinte déraisonnable à l'autorité souveraine d'autres pays⁹. La Cour suprême a rejeté l'argument des plaignants selon lequel le fait d'autoriser des parties étrangères à recourir en justice aux États-Unis pour dommages en invoquant l'action antitrust subis à l'étranger aurait peu d'incidences pratiques sur l'application à l'étranger de la législation antitrust puisque de nombreux pays avaient adopté des législations antitrust semblables à celle en vigueur aux États-Unis. La Cour suprême a indiqué que d'autres pays avaient promulgué des législations antitrust mais que, même lorsque ces législations concordaient avec celles des États-Unis pour ce qui était d'un comportement comme la fixation de prix, il y avait des divergences très considérables quant aux mesures correctives appropriées. Elle a souligné, par ailleurs, que l'octroi de dommages et intérêts au triple pour comportement anticoncurrentiel aux États-Unis avait donné lieu à une importante controverse. Toutefois, le jugement ne visait que les situations dans lesquelles les effets adverses à l'étranger étaient indépendants de tout effet adverse dans le pays même, et ne traitait pas de l'argument subsidiaire des plaignants étrangers, à savoir que les effets à l'étranger et les effets internes étaient liés, que l'entente n'aurait pas pu exister sans entraîner un effet adverse interne et que cet effet interne permettait à l'entente d'infliger un

⁹ *F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagram S.A.*, No. 03-724 (U.S. 14 juin 2004), 614/04.

dommage à l'étranger. L'affaire a été renvoyée devant une juridiction de rang inférieur pour examen de cette question particulière; aucune décision n'a encore été prise à ce sujet.

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

20. La décision concernant la société *UPS (United Parcel Service)* prise par un tribunal d'arbitrage de l'ALENA a trait à la nature des obligations internationales en matière de politique de la concurrence¹⁰. Dans cette affaire, le plaignant établi aux États-Unis soutenait que la Société canadienne des Postes, société à capitaux publics, s'était livrée à des pratiques anticoncurrentielles: pratiques d'exclusion, ventes liées, subventionnement interne et utilisation déloyale de l'infrastructure et du réseau de services postaux ordinaires (dont elle avait le monopole) pour offrir ses produits sur le marché des messageries (pour lequel elle n'avait pas de monopole) en bénéficiant d'avantages qui n'étaient pas octroyés à la filiale canadienne d'UPS. La société UPS affirmait donc qu'en s'abstenant de sanctionner le comportement anticoncurrentiel de la Société canadienne des Postes, comme le prévoyait la législation canadienne, le Gouvernement canadien avait manqué aux obligations résultant pour lui des articles 1502, 1503 et 1505 de l'ALENA¹¹. Le Canada a contesté avec succès la compétence du tribunal en faisant valoir que l'obligation résultant de l'article 1505 ne visait pas la réglementation des pratiques anticoncurrentielles.

21. Pour trancher cette question liée à la portée de l'obligation résultant de l'article 1505, le tribunal devait décider s'il y avait une obligation, en droit international coutumier, d'interdire ou de réglementer les pratiques anticoncurrentielles. Pour ce faire, il s'est fondé sur les communications présentées par le Canada, les États-Unis et le Mexique, lesquels faisaient valoir

¹⁰ *An arbitration under chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between United Parcel Service of America Inc. and Government of Canada, Award on Jurisdiction*, 22 novembre 2002.

¹¹ L'article 1502 de l'ALENA affirme le droit pour un membre de désigner des monopoles tant privés que publics, sous réserve qu'ils doivent a) agir conformément aux obligations résultant de l'ALENA; b) agir uniquement en fonction de considérations commerciales au moment d'acheter ou de vendre le produit ou service faisant l'objet du monopole; c) réserver un traitement non discriminatoire aux investisseurs et aux investissements de l'ALENA, ainsi qu'aux fournisseurs de biens et services de l'ALENA au moment d'acheter ou de vendre le produit ou service faisant l'objet du monopole sur le marché pertinent; et d) ne pas utiliser leur situation de monopole pour se livrer à des pratiques anticoncurrentielles sur un marché non monopolisé. En vertu de l'article 1503, les entreprises d'État doivent agir de manière compatible avec les obligations contractées dans le cadre de l'ALENA en matière d'investissement et de services financiers et doivent réserver un traitement non discriminatoire dans leurs ventes aux investisseurs et aux investissements de l'ALENA et ne pas utiliser leur situation de monopole pour se livrer, sur des marchés non monopolisés, à des pratiques anticoncurrentielles, notamment par la fourniture discriminatoire du produit ou du service, par le subventionnement interne ou par la fixation de prix abusifs. L'article 1505 dispose que chaque partie accordera aux investissements des investisseurs d'une autre partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement loyal et équitable et une protection et une sécurité pleines et entières.

qu'il n'y avait pas de pratique suffisante au niveau des États pour établir l'existence d'une telle règle coutumière; il ressortait d'études portant sur les législations nationales en matière de concurrence que de nombreux États n'avaient pas de législation en ce domaine (seuls 13 pays sur 34 de l'hémisphère occidental et environ 80 membres de l'OMC s'étaient dotés d'une telle législation, et plus de la moitié des législations en vigueur avaient été adoptées pendant les 10 années précédentes), et que les législations nationales, dont celles de ces trois pays, présentaient des différences marquées, reflétant les caractéristiques particulières de l'environnement économique, social et politique de chacun. Le tribunal s'est aussi appuyé sur trois autres éléments: a) rien dans les documents qui lui avaient été présentés n'indiquait que telle ou telle législation nationale en matière de concurrence avait été adoptée dans le souci de respecter une obligation juridique internationale de caractère général; b) le plaignant avait bien fait état des dispositions qui, dans les traités bilatéraux relatifs à l'investissement, prévoyaient l'octroi d'un traitement loyal et équitable, mais il n'avait pas essayé d'établir que cette pratique des États traduisait l'existence d'une obligation juridique internationale généralement reconnue, laquelle aurait dû en outre imposer précisément le contrôle des comportements anticoncurrentiels; et c) les travaux relatifs aux traités multilatéraux et aux codifications démontraient l'absence de règles coutumières: les débats qui se déroulaient dans le cadre de l'OMC montraient que les membres commençaient seulement à envisager la possibilité de négocier des règles multilatérales dans ce domaine, et on ne trouvait pas, dans les accords de l'OMC, un ensemble de dispositions visant l'interdiction ou le contrôle des comportements anticoncurrentiels; par ailleurs, il n'était pas fait référence non plus à la régulation des comportements anticoncurrentiels dans les projets d'articles présentés à la Commission du droit international de l'ONU, qui traitaient du déni de justice à l'égard des étrangers ou de la responsabilité internationale des États en cas de dommages corporels causés à des étrangers.

22. La différence est frappante entre les affaires *Empagran* et *UPS*, d'une part, et l'affaire *Telmex* récemment examinée à l'OMC, d'autre part¹². Les Règles sur les services à grande distance internationaux (Règles GDI) du Mexique disposaient que *Telmex* (le plus gros fournisseur de services de télécommunications du Mexique) devait négocier avec les fournisseurs étrangers une taxe de règlement pour les appels entrants et appliquer cette taxe à l'interconnexion pour le trafic d'arrivée en provenance des États-Unis; que *Telmex* devait transférer du trafic à d'autres fournisseurs ou accepter du trafic en provenance d'autres fournisseurs, selon que la proportion de trafic d'arrivée était supérieure ou inférieure à sa proportion de trafic de sortie; et que *Telmex* pouvait conclure avec d'autres opérateurs des «accords d'indemnisation financière», qui devaient être approuvés par les autorités mexicaines. Les États-Unis ont déposé une plainte devant l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC, alléguant que la taxe d'accès n'était pas fondée sur les coûts et que le Mexique avait bel et bien mis en place une entente autorisée par l'État entre opérateurs de télécommunications, entravant ainsi le trafic d'arrivée en provenance de l'étranger, ce qui était contraire au Document de référence.

¹² Voir OMC, *Mexique – Mesures visant les services de télécommunications – Rapport du Groupe spécial*, WT/DS204/R, 2 avril 2004, examen critique dans P. Marsden, WTO decides its first competition case, with disappointing results, *Competition Law Insight*, mai 2004.

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

24. En conséquence, le Groupe spécial a estimé que les Règles GDI imposaient à *Telmex* des pratiques qui étaient «anticoncurrentielles» au sens du Document de référence. Il a rejeté les arguments du Mexique faisant valoir que ces mesures favorisaient la concurrence et empêchaient les pratiques abusives de fournisseurs étrangers, et que grâce à l'existence d'une législation de la concurrence, il appliquait effectivement des «mesures appropriées» pour empêcher les pratiques anticoncurrentielles. Le Groupe spécial a aussi estimé que les doctrines nationales voulant qu'une entreprise qui se conforme à une prescription législative spécifique puisse être à l'abri d'une constatation de violation d'une loi nationale générale n'étaient pas applicables en l'espèce puisque, en vertu des principes du droit international public et conformément à la Convention de Vienne, une prescription imposée par un membre de l'OMC en vertu de son droit interne à un

«fournisseur principal» ne pouvait pas porter atteinte unilatéralement aux engagements internationaux inscrits dans la liste de ce membre et contractés envers les autres membres de l'OMC, visant à empêcher des fournisseurs principaux de «maintenir des pratiques anticoncurrentielles». Toutefois, le Groupe spécial a affirmé que – au-delà de ses constatations concernant la fixation horizontale des prix et la répartition des marchés entre fournisseurs concurrents de services de télécommunications de base – l'expression «pratiques anticoncurrentielles» pouvait être interprétée différemment par différents membres de l'OMC.

III. INCIDENCES ET QUESTIONS À EXAMINER

A. Méthodes d'approche communes et coopération

25. Lors des débats consacrés à un éventuel cadre multilatéral en matière de coopération, le Canada a fait valoir que «si la coopération elle-même doit être volontaire, elle est fondée sur certains préalables, entre autres la confiance mutuelle. La confiance est aussi une chose que l'on ne peut imposer par un accord international et qui ne peut être soumise à des règles – mais un accord international peut jouer un rôle important en favorisant la convergence entre les signataires ... L'élément clef dans ce contexte est d'encourager les pays en question à mieux se connaître ... Un accord multilatéral par lequel les pays s'engagent à adopter certaines méthodes d'approche communes pour la politique de la concurrence fournirait à la longue une base pratique pour faire naître cette confiance en élargissant la convergence des pratiques optimales en matière de concurrence entre les membres.»¹³.

26. Le Canada a aussi fait valoir que la Recommandation de l'OCDE ne précisait pas si la législation nationale relative aux ententes injustifiables devait être fondée sur des prohibitions proprement dites ou sur une règle de bon sens, et n'imposait pas de cadre de droit civil ou pénal pour l'application des lois, les sanctions ou les amendes – le soin de trancher ces questions étant laissé aux autorités nationales; et que, lors des négociations qui avaient abouti à la formulation de la Recommandation, on s'était efforcé d'élaborer des définitions plus détaillées des ententes injustifiables, mais que cette approche avait été abandonnée parce qu'elle risquait de déboucher sur des normes communes, alors que les besoins et la situation des États membres n'étaient pas les mêmes, et qu'une approche harmonisée aurait pu servir à déterminer si les législations nationales étaient conformes à la Recommandation¹⁴. Il a aussi été indiqué (par la République de Corée) que même si l'Ensemble et la Recommandation donnaient des ententes des définitions qui n'étaient guère différentes quant au fond, la définition donnée par l'Ensemble était peut-être de plus vaste portée, puisqu'elle ne prévoyait pas explicitement d'exemptions ou d'autorisations et visait explicitement les arrangements anticoncurrentiels tels que refus collectif d'avoir des relations commerciales ou refus collectif d'accès à des associations, ainsi que les accords de fixation des prix «y compris en ce qui concernait les exportations et les importations»; toutefois, il était également indiqué dans ce document que «l'on ne devrait pas conclure que l'Ensemble exclut les autres formes d'entente qui ne figurent pas sur la liste, ni que la Recommandation

¹³ Voir OMC – Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication du Canada, 2 juillet 2001, WT/WGTCP/W/174.

¹⁴ Voir OMC – Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication du Canada, 12 août 2002, WT/WGTCP/W/201.

exclut nécessairement certaines formes ou certains types d'entente, y compris les ententes à l'exportation ou à l'importation.»¹⁵.

27. À propos de l'affaire relative à la *lysine* et d'affaires semblables, les autorités brésiliennes ont indiqué que «malgré la signature de l'accord international entre les autorités brésiliennes et les autorités nord-américaines, la source la plus précieuse de coopération internationale reste la source informelle;»¹⁶. Par ailleurs, l'ancien chef de la Division antitrust du Département de la justice des États-Unis a indiqué que, au cours des enquêtes menées dans les affaires relatives à la *lysine* et à l'*acide citrique* (la dernière faisait aussi intervenir une entente internationale), le Département de la justice n'avait pas pu communiquer les éléments de preuve pertinents pour d'autres pays qu'il avait découverts, les pays intéressés n'étant pas parties à des accords de coopération antitrust avec les États-Unis¹⁷. Selon un rapport de l'OCDE, «l'expérience de la Corée dans l'affaire des électrodes de graphite est instructive car elle montre les difficultés auxquelles peut se heurter un pays qui n'arrive pas à s'assurer la coopération de l'un des membres d'une entente dans une affaire internationale. La Corée souffrait d'une certaine image de pays en développement, et de pays qui n'avait pas derrière lui une solide tradition d'application de la législation en matière de concurrence.»¹⁸. Toujours à propos des affaires relatives aux *électrodes en graphite* et aux *vitamines*, le rapport indique ce qui suit: «On peut présumer que, dans le monde entier, ces ententes concernaient de nombreux pays, sinon la plupart d'entre eux, mais c'était essentiellement, sinon exclusivement, dans des pays de l'OCDE que des poursuites étaient engagées... La coopération internationale entre les autorités chargées de la concurrence se limitait essentiellement à l'échange d'informations qui étaient dans le domaine public, ce qui pour les pays qui ne bénéficiaient pas de la coopération d'une ou plusieurs parties à l'entente, n'était pas suffisant pour servir de fondement à une poursuite... Les programmes de clémence étaient directement à l'origine du succès des poursuites dans certains pays, et un trait majeur et absolument nécessaire des programmes de clémence – la stricte confidentialité accordée pour les informations obtenues à la suite d'une demande de clémence – empêchait ces quelques pays de partager ces renseignements avec leurs homologues étrangers. De plus, seul un petit nombre de pays bénéficiaient de demandes de clémence. Coordonner les programmes de clémence serait difficile, mais cela renforcerait nettement la coopération à l'encontre des ententes internationales. Le réseau des relations bilatérales et plurilatérales de coopération se développe, mais il y a encore de nombreux pays qui n'en font pas partie, ou qui ne font pas partie de beaucoup d'entre eux, et ces pays ont de ce fait moins de chances de bénéficier de la coopération internationale. L'obstacle peut-être le plus important à

¹⁵ Voir OMC – Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication de la Corée, Ententes injustifiables et coopération volontaire: questions conceptuelles et questions pratiques de mise en œuvre, WT/WGTCP/W/225.

¹⁶ Voir Evenett, *op. cit.*

¹⁷ Voir J.L. Klein. A note of caution with respect to a WTO agenda on competition policy, Adress to the Royal Institute of International Affairs, Chatham House, Londres, 18 novembre 1996 (document ronéotypé).

¹⁸ Voir CCNM/COMP/TR(2003)7.

une meilleure coopération est constitué par les restrictions, encore une fois justifiées dans une certaine mesure, empêchant la divulgation de renseignements confidentiels ou protégés obtenus dans le cours d'une enquête en matière de concurrence.»

28. Pour s'attaquer aux difficultés que suscitent les accords de clémence, deux possibilités ont été présentées: a) proposer aux membres d'une entente la possibilité d'obtenir la clémence dans un certain nombre de pays en échange de renseignements sur les activités de l'entente dans ces pays; et b) proposer à une entreprise qui obtient l'amnistie de l'autorité chargée de la concurrence d'un autre membre de l'OMC un traitement qui ne soit pas moins favorable si elle présente les mêmes renseignements qu'elle a communiqués à la première autorité chargée de la concurrence et si elle fournit les renseignements supplémentaires et l'aide nécessaires pour permettre des poursuites dans le deuxième pays¹⁹. Le même rapport fait valoir avec insistance qu'un accord international contraignant sur la promulgation de lois sur les ententes, spécifiant des normes minimales d'application dans chaque pays, aurait des «retombées» positives dans d'autres pays, pour les raisons suivantes: a) lorsqu'un pays annonce publiquement des mesures d'application de sa législation contre les ententes, cela tend à déclencher des enquêtes chez les partenaires commerciaux, qui bénéficient ainsi de l'application de la législation à l'étranger, et ces avantages ont toute chance d'augmenter avec le temps, à mesure que la coopération formelle et informelle entre autorités chargées de la concurrence se renforcera; et b) les enquêtes portant sur les ententes ne sont possibles que si l'on dispose des témoignages et des documents pertinents et, dans la mesure où une entente internationale met de tels documents à l'abri dans un pays qui ne peut pas ou ne veut pas coopérer à des enquêtes menées à l'étranger sur les activités de cette entente, les actions de ce pays ont des effets défavorables sur les intérêts de ses partenaires commerciaux. Ainsi, un accord international peut contribuer dans une certaine mesure à éliminer les pays refuges pour les ententes intérieures aussi bien que pour les ententes internationales.

29. Par ailleurs, la Trinité-et-Tobago a demandé si les pays de taille modeste sur le plan économique réussiraient à discipliner efficacement d'importantes entreprises multinationales, malgré le déséquilibre des rapports de force; elle a donc fait valoir qu'il fallait concevoir des moyens novateurs d'aider les pays en développement, en particulier les pays à économie de taille modeste, à bénéficier d'un régime de concurrence en ce qui concerne les questions transfrontières²⁰. Dans le même esprit, il a été indiqué qu'un pays à économie de taille modeste ne pouvait pas toujours être crédible lorsqu'il menaçait d'interdire une fusion ou une entente à l'exportation entre entreprises étrangères, car les échanges dont il était le lieu ne représentaient généralement qu'une petite part des opérations mondiales totales de l'entreprise étrangère: s'il imposait des restrictions significatives au comportement de l'entreprise étrangère, celle-ci choisirait probablement de cesser d'y avoir des activités, avec les effets négatifs nets que cela comporterait pour sa prospérité. Les pays dans lesquels ces entreprises étrangères sont établies

¹⁹ Voir Evenett, *op. cit.*

²⁰ Voir OMC – Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication de la Trinité-et-Tobago, WT/WGTCP/W/143, 2 août 2000.

pourraient aussi opposer une résistance politique²¹. Dans le même rapport il est suggéré aussi que des règles harmonisées qui ne pourraient être appliquées qu'au prix d'actions unilatérales prises par le pays lésé seraient désavantageuses pour les pays à économie de taille modeste et ne répondraient pas aux préoccupations que leur cause le comportement extraterritorial entraînant des effets défavorables sur leur marché intérieur; par conséquent, des règles harmonisées devraient inclure une règle qui interdise toutes les ententes à l'exportation. On peut noter à cet égard les recommandations présentées de longue date tendant à ce que tous les pays cessent de tolérer les ententes à l'exportation dans la mesure où ces ententes seraient illicites si elles visaient le marché intérieur²², ou que les ententes à l'exportation soient prohibées à moins de pouvoir démontrer qu'elles servent à surmonter un véritable obstacle à la concurrence dans le pays importateur, ou puissent invoquer un moyen de défense fondé sur l'efficacité²³. Toutefois, comme cela a été mis en lumière par l'affaire *Empagram*, il peut arriver que l'application de lois étrangères ou de sanctions à l'égard de ces ententes heurtent la sensibilité de pays visés par les ententes internationales. De plus, même en l'absence d'une exclusion explicite, les lois relatives à la concurrence ne visent généralement pas les pratiques qui ne concernent que des marchés étrangers.

B. Questions à examiner

30. Les observations ou suggestions présentées ci-dessus l'ont été, pour certaines, en vue d'un cadre multilatéral qui pourrait être mis en place à l'OMC, mais elles pourraient présenter aussi de l'intérêt pour l'élaboration d'autres instruments multilatéraux, ou encore d'accords bilatéraux ou régionaux. Le Groupe d'experts pourrait donc examiner les questions ci-après afin de rechercher comment d'éventuels accords internationaux sur la concurrence pourraient s'appliquer aux pays en développement, notamment en prévoyant un traitement préférentiel ou différencié: a) dans le cas de pratiques commerciales restrictives comportant des éléments internationaux, le rôle et l'importance d'accords contraignants par comparaison avec des efforts de coopération informelle et d'application du droit de la concurrence à l'échelon national; b) le degré et la spécificité des engagements à prévoir en matière d'approches communes dans d'éventuels accords, compte tenu des dispositions relatives aux méthodes d'approches communes figurant dans les instruments internationaux en vigueur, des approches communes et des divergences observées aux échelons national et régional (notamment en ce qui concerne les exceptions et les exemptions par rapport à la politique de la concurrence) et de l'absence d'expérience de nombreux pays en développement dans ce domaine; le paragraphe 8

²¹ Voir M. Gal, *Competition policy in small economies*, Forum mondial de l'OCDE sur la politique de la concurrence, CCNM/GF/COMP/WD(2003)42.

²² Voir American Bar Association, *Special Committee Report on Antitrust* (1991).

²³ Voir OCDE – *Obstacles au commerce et à la concurrence*, Paris, 1993.

du Consensus de São Paulo pourrait être pertinent à cet égard²⁴; c) dans quelle mesure de tels engagements pourraient réussir à promouvoir la convergence dans la pratique, étant donné la nature des engagements en matière d'approches communes figurant dans les accords en vigueur, ainsi que leur interprétation juridique et leur application par les parties à de tels accords (il est généralement admis, par exemple, qu'il est difficile de discerner ponctuellement les cas de discrimination de facto); d) dans quelle mesure l'absence de tels engagements ou leur caractère limité porterait atteinte à la confiance mutuelle et à la coopération internationale (aussi bien lorsqu'il y a, en fait, d'importantes divergences dans les méthodes d'approche que lorsqu'il n'y en a pas), compte tenu des liens ou de l'équilibre existant dans les dispositions des instruments internationaux en vigueur en matière d'approches communes, de coopération au cas par cas sur le plan de la procédure et de règlement des différends, ainsi que des chances de voir les législations nationales suivre (ou continuer à suivre) des approches communes; et e) quelles divergences spécifiques en matière d'approche pourraient constituer des obstacles non négligeables à un accord visant une coopération au cas par cas ou une coopération informelle.

31. D'autres questions pourraient aussi être examinées, par exemple: a) si – ou comment – l'inclusion dans un accord international de normes minimales d'application de la prohibition des ententes pourrait aider les autorités chargées de la concurrence dans les pays en développement à déceler l'existence d'ententes et à entreprendre des actions à l'encontre d'ententes internes ou internationales, compte tenu des ressources et des compétences existantes, de l'intérêt que les membres d'une entente pourraient trouver aux offres de clémence émanant de pays en développement, des chances de trouver des documents significatifs ou des témoins potentiels dans les pays en développement, de la possibilité pour les pays en développement de faire appliquer leurs lois hors de leurs frontières et de leur pouvoir de négociations face à de grosses entreprises; b) les mesures d'incitation qui pourraient amener les pays appliquant efficacement leur législation en matière de concurrence à coopérer avec ceux qui l'appliquent moins efficacement (principalement les pays en développement); c) la nature précise des dispositions en matière de coopération (ayant trait, par exemple, à une aide en matière de notification ou d'enquête) qui aideraient les pays à lutter effectivement contre les pratiques commerciales restrictives comportant un élément international²⁵; d) comment les obstacles à la coopération internationale créés par l'exigence de confidentialité pourraient être surmontés; e) les possibilités et conditions d'application de législations de la concurrence aux pratiques commerciales

²⁴ Ce paragraphe dispose notamment ce qui suit: «Il appartient à chaque gouvernement d'évaluer les avantages découlant de ces règles et engagements internationaux et les contraintes dues à la perte d'autonomie. Eu égard aux objectifs de développement, il est particulièrement important pour les pays en développement que tous les pays prennent en compte la nécessité de concilier au mieux marge d'action nationale et disciplines et engagements internationaux.»

²⁵ Le paragraphe E.9 de l'Ensemble prévoit que les États fourniront, sur demande ou de leur propre initiative quand ils en constatent la nécessité, aux autres États, en particulier aux pays en développement, les renseignements auxquels le public a accès et, dans la mesure où leur législation et la politique établie des pouvoirs publics le permettent, les autres renseignements nécessaires à l'État destinataire intéressé pour son contrôle efficace des pratiques commerciales restrictives.

restrictives visant uniquement les marchés étrangers²⁶; f) le traitement préférentiel ou différencié en faveur des pays en développement pour ce qui est des droits et obligations résultant d'éventuels accords²⁷; g) les moyens de renforcer la coopération entre pays en développement dans ce domaine, dans la mise en œuvre du paragraphe 104 du Consensus de São Paulo²⁸; et h) le renforcement de la coordination des travaux accomplis dans ce domaine par différents organismes internationaux.

32. À ce jour, l'Ensemble de principes et de règles est le seul instrument multilatéral de caractère universel traitant du droit et de la politique de la concurrence et établissant des normes généralement acceptées en ce domaine. Bien qu'il ne soit pas juridiquement contraignant, il a l'autorité politique et la légitimité d'une résolution de l'Assemblée générale adoptée à l'unanimité²⁹. La quatrième Conférence des Nations Unies chargée de revoir l'Ensemble, tenue en 2000, a réaffirmé la validité de l'Ensemble, demandé à tous les États membres d'en appliquer les dispositions et réaffirmé le rôle fondamental du droit et de la politique de la concurrence pour un développement économique équilibré. En conséquence, tout examen des questions mentionnées ci-dessus devrait prendre dûment en considération les dispositions de l'Ensemble; celui-ci pourrait servir de guide ou de cadre pour établir la manière dont d'éventuels accords internationaux sur la concurrence pourraient s'appliquer aux pays en développement (notamment grâce au traitement préférentiel ou différencié). On pourrait aussi prendre en compte, en tant que de besoin, les dispositions pertinentes des accords de l'OMC, notamment leurs dispositions relatives au traitement spécial et différencié, ainsi que les travaux en cours qui visent à les renforcer et à les rendre plus précis, efficaces et opérationnels. Un tel examen pourrait contribuer à renforcer la cohérence et la coordination entre législations nationales et entre différentes

²⁶ Le paragraphe E.4 de l'Ensemble dispose que les États devraient rechercher des mesures correctives ou 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.

²⁷ Le paragraphe C.7 de l'Ensemble prévoit un traitement préférentiel ou différencié en faveur des pays en développement dans ce domaine.

²⁸ Ce paragraphe prévoit que la CNUCED devrait intensifier les travaux d'analyse et les activités de renforcement des capacités afin visant à aider les pays en développement dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence, y compris au niveau régional. Le paragraphe E.7 de l'Ensemble prévoit aussi la coopération régionale et sous-régionale par l'échange de renseignements sur les pratiques commerciales restrictives et sur l'application des législations et politiques nationales en la matière ou par une entraide mutuelle aux fins du contrôle des pratiques commerciales restrictives.

²⁹ Résolution 35/63 de l'Assemblée générale en date du 5 décembre 1980 (TD/RBP/CONF/10/Rev.2).

formes ou différents niveaux de coopération internationale en ce domaine. Cet examen pourrait aussi contribuer à l'élaboration par la CNUCED de dispositions types de coopération, présentant différentes options possibles inspirées de dispositions typiques figurant dans différents instruments internationaux (sans limiter la liberté pour les gouvernements d'insérer des dispositions supplémentaires ou libellés supplémentaires à l'intérieur d'une disposition typique)³⁰. Un commentaire explicatif sur ces dispositions types pourrait prendre en compte tous débats consacrés à la CNUCED ou observations présentées par les États membres concernant les questions susmentionnées. Les mécanismes, selon lesquels la coopération prévue par certaines dispositions pourrait se faire en pratique, pourraient aussi être illustrés au moyen d'exemples fictifs inspirés, notamment, des affaires examinées dans le présent document.

³⁰ Cela a été proposé dans le document TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.2.