

A usage officiel

COM/DAFFE/TD(2003)11/FINAL



Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

Français - Or. Anglais

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES, FISCALES ET DES ENTREPRISES
DIRECTION DES ECHANGES**

Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence

**QUESTIONS TOUCHANT LES ECHANGES ET LA CONCURRENCE DANS LE CONTEXTE
INTERNATIONAL : SYNTHESE**

Déclassifié

**COM/DAFFE/TD(2003)11/FINAL
A usage officiel**

Français - Or. Anglais

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Cette étude a été préparée par le Groupe conjoint sur les Echanges et la Concurrence de l'OCDE. Elle a été rédigée par John Clark de la Division de la Concurrence à la Direction des Affaires Financières, Fiscales et des Entreprises, avec la contribution de la Division des Liens en Matière de Politique Commerciale à la Direction des Echanges. Elle présente une synthèse des travaux qui ont été faits sur les questions mentionnées aux paragraphes 24 et 25 de la Déclaration Ministérielle de Doha dans le but de disséminer les informations à une plus large audience, ainsi qu'au Forum mondial conjoint sur les Echanges et la Concurrence des 15 et 16 mai 2003. Le Secrétaire général a convenu de déclassifier le document sous sa responsabilité, comme il a été recommandé par le Groupe Conjoint sur les Echanges et la Concurrence. L'étude, qui est aussi disponible en français, peut être trouvée sur les sites web suivants : <http://www.oecd.org/competition> ou <http://www.oecd.org/trade>.

Copyright OCDE, 2003

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées à Publication OCDE, 2 rue André Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

QUESTIONS TOUCHANT LES ECHANGES ET LA CONCURRENCE DANS LE CONTEXTE INTERNATIONAL : SYNTHESE

1. La déclaration des ministres de l'OMC à l'issue de la conférence de Doha (Qatar) qui s'est tenue du 9 au 13 novembre 2001 reconnaissait « les arguments en faveur d'un cadre multilatéral destiné à améliorer la contribution de la politique de la concurrence au commerce international et au développement (...). »¹ Elle notait expressément les « besoins des pays en développement et des pays les moins avancés en ce qui concerne un soutien accru pour une assistance technique et un renforcement des capacités dans ce domaine, y compris l'analyse et l'élaboration de politiques de façon qu'ils puissent mieux évaluer les implications d'une coopération multilatérale plus étroite pour leurs politiques et objectifs de développement, et le développement humain et institutionnel. »² Elle décrivait ensuite le programme de travaux de l'Organisation jusqu'à la cinquième conférence ministérielle qui se tiendra à Cancún, au Mexique, du 10 au 14 septembre 2003 :

Jusqu'à la cinquième session, la suite des travaux du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence sera centrée sur la clarification de ce qui suit : principes fondamentaux, y compris la transparence, non-discrimination et équité au plan de la procédure, et dispositions relatives aux ententes injustifiables ; modalités d'une coopération volontaire ; et soutien en faveur du renforcement progressif des institutions de la concurrence dans les pays en développement au moyen du renforcement des capacités. Il sera pleinement tenu compte des besoins des pays en développement et pays les moins avancés participants et une flexibilité appropriée sera prévue pour y répondre.³

2. Le Groupe de travail de l'OMC a abordé ces questions depuis la réunion de Doha, mais des travaux ont également été menés par d'autres organes, notamment le Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence de l'OCDE. A cet égard, l'OCDE organise le Forum mondial conjoint sur les échanges et la concurrence, qui doit se tenir à Paris les 15 et 16 mai 2003. Environ 65 pays Membres et non-membres de l'OCDE y participeront. L'ordre du jour sera centré sur les questions proposées dans la Déclaration de Doha, à savoir :

- principes fondamentaux de non-discrimination, de transparence et d'équité en matière de procédure
- action efficace contre les ententes injustifiables
- traitement spécial et différencié /flexibilité et progressivité
- coopération volontaire dans le domaine du droit de la concurrence
- examen par les pairs et autres mécanismes possibles de mise en conformité : mérites et approches dans le contexte du commerce et de la concurrence
- renforcement des capacités et renforcement progressif des institutions de la concurrence.

3. La présente note fait la synthèse des travaux qui ont été accomplis à l'OCDE sur chacune de ces questions par le Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence et le Comité du droit et de la politique de la concurrence.

1. Principes fondamentaux de non-discrimination, de transparence et d'équité au plan de la procédure dans un cadre multilatéral sur la concurrence

4. La Déclaration ministérielle de Doha demandait que soit examinée l'application des trois « principes fondamentaux » de non-discrimination, de transparence et d'équité en matière de procédure dans le cadre de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence. On trouvera ci-après un bref aperçu de ces principes, d'abord tels qu'ils figurent dans les accords de l'OMC, puis dans l'optique de l'application du droit de la concurrence. Sont enfin décrites des approches susceptibles de permettre leur inclusion dans un cadre multilatéral sur la concurrence.⁴

1.1 Non-discrimination

5. Le principe fondamental de non-discrimination dans le système commercial multilatéral repose sur deux éléments-clés : traitement national et traitement de la nation la plus favorisée. En vertu du traitement national, un membre de l'OMC ne doit pas placer en situation de désavantage concurrentiel les produits, services ou personnes d'autres membres de l'OMC par rapport à ses propres produits, services ou ressortissants. En vertu du traitement de la nation la plus favorisée, tout avantage conféré à un membre s'agissant des produits, services ou personnes d'un autre Etat membre sera automatiquement étendu à l'ensemble des membres.

1.2 Traitement national

6. Le principe du traitement national est établi dans les dispositions suivantes des trois principaux accords de l'OMC : l'article III du GATT ; l'article XVII de l'AGCS ; et l'article 3 de l'accord sur les ADPIC. L'article III(4) du GATT, par exemple, stipule : « Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur ». L'AGCS emploie également les termes « non moins favorable » pour les « services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services »,⁵ dans les secteurs où les engagements spécifiques contractés par les pays sont inscrits dans la liste de l'Accord⁶. L'accord sur les ADPIC l'utilise aussi à propos des « ressortissants des autres Membres (...) en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle ».⁷

7. De nombreuses situations pourraient engendrer des problèmes de discrimination liés à l'application du droit de la concurrence. Une phrase souvent citée exprime le concept de non-discrimination dans la mise en œuvre de la législation sur la concurrence : « la législation protège la concurrence, pas les agents engagés dans le processus concurrentiel ». Si ce principe était rigoureusement et impartialement appliqué, il n'y aurait guère d'obstacles à la discrimination. Il n'est toutefois pas facile de passer du général au particulier dans ce cas.

8. Le principe de traitement national peut se trouver contredit par la discrimination *de jure* ou *de facto*. Il y aurait discrimination *de jure* lorsque les lois sur la concurrence ou les dispositions annexes, comme celles créant des exemptions, établissent une distinction expresse fondée sur l'origine nationale qui place les entreprises étrangères dans une situation de désavantage concurrentiel. La discrimination *de facto* interviendrait lorsque des lois ou des mesures d'application apparemment neutres opèrent dans les faits une discrimination à l'égard des entreprises étrangères. Un exemple de discrimination *de facto* est la discrimination relevant « du cas par cas ». Dans un ou plusieurs cas donnés, l'autorité de la concurrence pourrait appliquer des critères différents aux entreprises locales et aux entreprises étrangères. Elle pourrait ainsi approuver la fusion de deux entreprises locales, mais interdire une fusion comparable entre deux

entreprises étrangères (qui aurait des effets sur le marché intérieur). La difficulté de discerner la discrimination relevant du cas par cas tient toutefois au fait que chaque cas est différent et que les entreprises concernées se trouvent dans des situations différentes. Des situations différentes peuvent déboucher sur des résultats différents, ne s'apparentant pas à de la discrimination.

9. Il est un autre type de discrimination, cependant, qui présente à la fois les caractéristiques de la discrimination *de facto* et *de jure*. Une loi ou un règlement, neutre en apparence, peut être rédigé de telle sorte que son application entraîne des incidences différentes pour les entreprises locales et étrangères. Il peut s'agir notamment de dispositions définissant différentes formes de politique industrielle, et favorisant intrinsèquement les entreprises locales. Une loi ou un règlement traitant des économies possibles en cas de fusion et des analyses fondées sur la règle de raison pourrait stipuler que seules les économies réalisées au plan national doivent être prises en compte dans ces analyses. Les lois qui favorisent les petites et moyennes entreprises, en l'occurrence locales plutôt qu'étrangères, ou qui privilégient d'autres objectifs présentant un intérêt au plan social, comme la pleine participation à l'économie nationale de catégories de personnes « traditionnellement désavantagées » (dans le cas de l'Afrique du Sud), constituent d'autres exemples.

10. Les exemptions, les exceptions et les exclusions par rapport à la législation sur la concurrence sont également une forme de discrimination. Il s'agit d'une question complexe, ne serait-ce qu'en raison du fait que les termes utilisés peuvent porter à confusion. Pour les besoins du présent document, les termes « exclusions/exemptions » réfèrent à des lois aboutissant à une application incomplète de la législation sur la concurrence pour certains secteurs (par exemple, le secteur bancaire), types de comportement commercial (par exemple, constitution de cartels de crise) ou entités économiques (par exemple, les entreprises publiques). Il importe de garder présent à l'esprit qu'en ce qui concerne la non-discrimination, la question n'est pas ici de savoir si les exclusions/exemptions sont bénéfiques ou préjudiciables du point de vue de la politique de la concurrence, mais si les dispositions existantes entraînent des discriminations à l'égard des entreprises étrangères. A cet égard, le fait d'accorder des exemptions, comme celui d'appliquer le droit de la concurrence en soi, pourrait entraîner une discrimination à la fois *de jure* et *de facto*.

11. Les ententes à l'exportation sont une forme d'exclusion/d'exemption. En général, la législation relative à ces ententes exclut de l'application du droit de la concurrence les accords entre firmes concurrentes dont les effets se limitent aux exportations. Un débat est en cours quant au bien-fondé de cette législation et à la manière de l'aborder dans le contexte multilatéral. Là encore, cependant, la question n'est pas de savoir si elle est au bout du compte néfaste, mais si elle est discriminatoire ou risque de l'être.

12. Il y a donc lieu de se demander comment aborder ces questions multiples soulevées par le traitement national dans le contexte d'un cadre multilatéral sur la concurrence. On semble s'accorder à penser que la discrimination *de jure* devrait être englobée dans le principe ; les lois, règlements et directives sur la concurrence ainsi que les dispositions annexes comme celles qui créent des exclusions/des exemptions, et dont les dispositions sont discriminatoires, seraient alors contraires à ce principe. La discrimination *de facto* pose un problème plus complexe encore. Quand elle relève du cas par cas, elle est si difficile à discerner, comme on l'a vu, que la plupart des experts en concluent qu'elle ne devrait pas être couverte par le principe. La discrimination « hybride » déjà mentionnée, par exemple les lois qui mettent en œuvre une politique industrielle ou autre, soulève des problèmes particuliers en ce qui concerne le traitement national. Il a été suggéré d'exclure expressément ces lois de l'application du principe.

1.3 *Traitement de la nation la plus favorisée*

13. Le traitement de la nation la plus favorisée fait partie intégrante du principe de non-discrimination dans les accords de l'OMC. La disposition qui s'y rapporte dans l'AGCS, par exemple, indique : « En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays. »⁸

14. Il semble que le principe de la nation la plus favorisée soulève moins de questions que celui du traitement national dans le contexte de l'application de la législation sur la concurrence. Ses dispositions s'appliqueraient toutefois au processus de coopération internationale en la matière. En d'autres termes, ce principe exigerait d'un pays engagé dans une relation de coopération avec un autre pays – par exemple dans le cadre d'un accord bilatéral – qu'il accorde les mêmes privilèges à tous les autres pays. Or, il est bien connu que la coopération varie en intensité selon les pays : les relations évoluent, avec le temps, entre les pays ayant su instaurer une confiance réciproque et d'étroites relations de travail. Ces relations peuvent faire intervenir l'échange de renseignements confidentiels qui nécessite une confiance mutuelle relativement à la non-divulgaration de l'information. Il serait à l'évidence difficile d'appliquer le principe de la nation la plus favorisée à la coopération internationale dans un cadre multilatéral sur la concurrence, et certains observateurs recommandent de ne pas le faire.⁹

1.4 *Transparence*

15. Le principe fondamental de transparence dans le système commercial multilatéral recouvre deux éléments : (i) l'obligation de publier, ou du moins de mettre à la disposition du public, la totalité des lois, règlements et décisions ; et (ii) l'obligation de notifier divers types de mesures gouvernementales à l'OMC et à ses Membres.

1.4.1 *Obligation de publication*

16. Les obligations de publication au titre des accords de l'OMC sont larges et libellées en termes généraux. L'article X du GATT prévoit la publication des « lois, règlements décisions judiciaires et administratives d'application générale ... qui visent [différentes prescriptions et procédures concernant le commerce des marchandises]. » Ces documents doivent être publiés « dans les moindres délais, de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance. » L'article 63 de l'Accord sur les ADPIC emploie des termes à peu près identiques. L'article III(1) de l'AGCS demande aux Membres de publier « dans les moindres délais et, sauf en cas d'urgence, au moment de leur entrée en vigueur, toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement du présent accord. »

17. Le droit de la concurrence doit être mis en œuvre de façon claire et transparente. La transparence constitue un impératif essentiel pour la mise en application de tout un ensemble de lois, mais présente une importance particulière pour la législation sur la concurrence, celle-ci étant souvent rédigée de façon générale, sous forme de cadre, et étant techniquement appliquée sur la base du cas par cas. Ainsi, s'il est indispensable de publier dans les moindres délais la législation sur la concurrence proprement dite ainsi que ses textes d'application, une véritable transparence dans la mise en œuvre de la législation sur la concurrence va beaucoup plus loin — elle suppose que l'autorité de la concurrence rende publics le raisonnement et les procédures qui ont conduit à ses décisions. Ces informations devraient être diffusées publiquement sous diverses formes afin d'être accessibles et de pouvoir être comprises par l'ensemble des parties intéressées.

18. La législation sur la concurrence s'applique à différents groupes : milieux d'affaires, victimes potentielles des pratiques anticoncurrentielles, et public en général. Une personne ou une entreprise peut bien entendu appartenir à plus d'un de ces milieux à un moment donné. Chaque groupe doit cependant répondre à des exigences distinctes de transparence dans le cadre de l'application du droit de la concurrence. En tant que défendeurs potentiels dans des procédures d'application de la législation sur la concurrence, les entreprises doivent en connaître les aspects techniques – ce qui est interdit et ce qui est autorisé – et pratiques. Elles devraient avoir accès au contenu de la législation et à ses règlements et directives d'application, de même qu'aux décisions de jurisprudence rendues dans des affaires de concurrence par l'autorité et les tribunaux de la concurrence, et connaître les procédures et les modalités d'application de la législation suivies par l'autorité de la concurrence.

19. Les victimes ou plaignants potentiels doivent savoir quelle protection leur donne la législation sur la concurrence et pouvoir demander l'imposition de mesures correctives ou déposer une plainte. Le public en général est diversifié. Il comprend les entreprises, les consommateurs, les milieux de l'enseignement ainsi que les représentants des pouvoirs publics et des autorités réglementaires. Collectivement, ce groupe forme le champ d'application d'une législation efficace – ou inefficace – en matière de concurrence. C'est la raison pour laquelle il importe que le public au sens large sache en substance que les marchés concurrentiels sont essentiels au fonctionnement d'une économie de marché véritable et que la concurrence contribue au bien-être des consommateurs.

20. L'application de l'obligation de publication à un cadre multilatéral sur la concurrence soulève plusieurs questions tenant en grande partie aux contraintes qui en découleraient. Il est en général admis que cette obligation concernerait la publication de l'ensemble de la législation et de ses textes et directives d'application. On s'accorde généralement sur le fait que les décisions importantes des autorités et des tribunaux de la concurrence devraient également être publiées, mais en raison des différences de procédures entre les pays, il serait difficile d'élaborer une règle applicable de manière générale à cet égard. Dans certains pays, par exemple, l'autorité de la concurrence motive toutes les décisions définitives qu'elle a rendues, y compris celles qui n'ont pas débouché sur des mesures d'application. Dans d'autres pays, les décisions de ne pas prendre de mesures ne sont pas motivées par des explications officielles. Une formulation de l'obligation de publication exigerait la publication des : (i) décisions définitives des autorités nationales de la concurrence déclarant illégaux certains comportements en vertu de la loi sur la concurrence, exigeant des sanctions ou des mesures correctives en raison de ce comportement, ou demandant à un tribunal d'agir dans ce sens, en précisant les raisons de ces décisions ; et (ii) les décisions définitives rendues par un tribunal ou la juridiction la plus élevée ayant à traiter l'affaire dans le cas d'une procédure engagée par l'autorité nationale de la concurrence. Ces textes devraient être publiés dans les moindres délais et, comme il a été suggéré, devraient également, dans la mesure du possible, être publiés sur un site Internet.

21. Il est admis que l'obligation de publication ne doit pas imposer la divulgation d'informations confidentielles. Le GATT,¹⁰ l'AGCS¹¹ et l'accord sur les ADPIC¹² emploient des termes identiques sur le sujet, ce qui paraît approprié dans le contexte de la concurrence. Les pays ne seraient donc pas tenus de divulguer des informations « confidentielles qui feraient obstacle à l'application de la législation ou seraient contraires à l'intérêt public ou porteraient atteinte aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises tant publiques que privées. »

22. Les exclusions/exemptions posent des problèmes particuliers du point de vue de la transparence. Il est communément admis que les exclusions/exemptions de la législation sur la concurrence, qu'elles soient ou non soumises au principe de non-discrimination, doivent être soumises au principe de transparence. L'élaboration d'un règlement permettant une mise en œuvre satisfaisante du principe de transparence dans ce contexte présente cependant certains problèmes, car les exclusions/exemptions sont multiples dans un grand nombre de pays, et peuvent revêtir des formes différentes.¹³ Les plus répandues

sont les exclusions/exemptions légales -- c'est-à-dire instaurées explicitement par la législation, y compris dans le domaine de la concurrence. Certaines émanent de règlements ou de mesures administratives, d'autres peuvent résulter *de facto* des politiques d'application de la législation adoptées par les autorités de la concurrence. D'autres encore sont instaurées par voie judiciaire dans les pays soumis au droit coutumier. Le principe de transparence pourrait s'appliquer aux exclusions/exemptions *de jure*. Il pourrait également s'appliquer à celles qui sont instaurées officiellement par des règlements ou des instruments administratifs. Il suffit probablement de publier ces dernières dans leur forme originale. En revanche, la diffusion d'informations relatives à des exclusions/exemptions moins officielles, notamment celles instaurées par décisions de justice, est plus problématique en raison de leur caractère plus spécifique. Une description brève en termes généraux pourrait peut-être suffire.

1.4.2 *Notification*

23. Les obligations de notification figurant dans les accords de l'OMC sont nombreuses et diverses. L'article III(3) de l'AGCS est intéressant dans le contexte du présent document : « *Chaque Membre informera le Conseil du commerce des services dans les moindres délais, et au moins chaque année, de l'adoption de toutes les nouvelles lois, réglementations ou directives administratives, ou de toutes les modifications des lois, réglementations ou directives administratives existantes, qui affectent notablement le commerce des services visés par les engagements spécifiques qu'il a souscrits au titre du présent accord.* » On trouve un texte similaire dans l'article 63 (1) de l'accord sur les ADPIC. Une obligation de notification similaire pourrait s'appliquer à un cadre multilatéral sur la concurrence. L'obligation de notification annuelle à une instance de l'OMC pourrait aller de pair avec l'obligation de publication. Cette notification concernerait les modifications apportées à la législation sur la concurrence, ainsi qu'aux textes et directives d'application et commentaires, les modifications aux exclusions/exemptions et les décisions administratives et judiciaires figurant dans l'obligation de publication.

1.5 *Équité en matière de procédure*

24. Les accords de l'OMC contiennent des dispositions relatives au principe d'équité en matière de procédure, mais celles-ci se rapportent pour la plupart à l'objet spécifique de chacun des accords – douanes et taxes sur les importations dans le cas du GATT,¹⁴ qualification et licence des fournisseurs dans celui de l'AGCS,¹⁵ acquisition et application des droits de propriété intellectuelle pour l'accord sur les ADPIC.¹⁶ Les questions d'équité en matière de procédure sont également très particulières dans le cas de l'application de la législation sur la concurrence.

25. Comme pour la transparence, les différents groupes visés par l'application du droit de la concurrence ont des intérêts quelque peu différents en ce qui a trait à l'équité en matière de procédure. Les défendeurs ou les personnes faisant l'objet d'une enquête sont passibles de sanctions pour avoir enfreint la loi et ont fortement intérêt à ce que la procédure soit menée de manière équitable. Au stade de l'enquête, cela pourrait inclure les éléments suivants : notification de l'enquête, motifs d'une éventuelle procédure d'exécution et points de fait sous-jacents, et possibilité de soumettre des informations et un argumentaire à l'organisme chargé de l'application. Une procédure d'exécution pourrait inclure les éléments suivants : informations à l'appui des allégations, droit de présenter des justificatifs, normes en matière de preuve qui soient conformes aux normes nationales en matière de règlement des litiges et accès aux décisions définitives consignées par écrit dans lesquelles il est fait état des points de droit et de fait qui les fondent. Enfin, les défendeurs devraient, en cas de décision défavorable, pouvoir exercer dans un délai raisonnable un droit de recours auprès d'une instance indépendante.

26. Les victimes d'un comportement anticoncurrentiel et les plaignants privés devraient avoir le droit de saisir l'autorité de la concurrence pour qu'elle institue une enquête sur la pratique dommageable alléguée, de transmettre les pièces justificatives à l'appui, et de demander, soit par le biais de l'autorité de

la concurrence soit directement devant les tribunaux, des mesures correctives contre les pratiques qui contreviennent à la législation sur la concurrence, en procédant de manière à éviter de gêner la mission de l'autorité de la concurrence et à empêcher que soient intentés des poursuites sans fondement ou abusives. Les autres tierces parties intéressées, qui comprennent les tierces parties témoins et les groupes de consommateurs et de défense des intérêts du public, doivent avoir accès à l'autorité de la concurrence afin de soumettre leurs plaintes, d'obtenir la protection des informations confidentielles et de consulter le dossier public dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure, conformément aux dispositions relatives à la protection des informations confidentielles.

27. La difficulté que soulève l'élaboration de normes d'équité en matière de procédure est que les procédures administratives et judiciaires varient considérablement selon les pays. La question fondamentale qui se pose, s'agissant de l'articulation des règles d'équité en matière de procédure entre différents pays, a trait au niveau de détail requis. En supposant, par exemple, que l'examen à bref délai d'une décision s'avère un facteur indispensable d'équité, comment faudra-t-il comprendre les termes « à bref délai » ? Si le défendeur a le droit d'être informé quant aux préoccupations formulées par l'autorité de la concurrence à propos de son comportement, quelle quantité d'information faut-il lui communiquer ? Les accords de l'OMC peuvent fournir des orientations sur ce point. Ils contiennent des dispositions relatives au principe d'équité en matière de procédure qui sont adaptées à l'application de la législation sur la concurrence, même si celles-ci se rapportent à l'objet spécifique des accords en question. Ils emploient les termes « moindres délais », « tribunaux indépendants », « mesures correctives appropriées », « procédures loyales et équitables », etc. Ces concepts peuvent être utilisés dans un accord multilatéral sur la concurrence dans le même esprit et avec le même effet que dans les accords existants.

28. Une des exigences fondamentales de l'équité en matière de procédure consiste à protéger les informations confidentielles et d'en empêcher la divulgation indue. Il est essentiel pour les entreprises de protéger leurs « secrets commerciaux » ou autres renseignements exclusifs dont la communication à un concurrent porterait préjudice à l'entreprise propriétaire sur son marché. Si l'on parvient à déterminer l'identité d'un informateur qui communique en sous-main des informations à des enquêteurs dans le cadre d'une recherche d'informations sur la concurrence, cet informateur est passible de sanctions financières, voire d'une contrainte de corps. En effet, tous les pays disposent de règles interdisant la communication de certaines catégories d'informations, comme les délibérations au sein d'organismes gouvernementaux ou les échanges entre un avocat et son client.

29. Comme dans tous les cas de figure exposés ci-dessus, le problème consiste à définir une règle générique adaptée à la protection des informations confidentielles dans un cadre multilatéral sur la concurrence. Les dispositions régissant la protection de la confidentialité sont essentiellement les mêmes dans les différents pays -- les données commerciales sensibles sont protégées pratiquement partout -- mais il existe des différences de traitement pour les informations qui se situent à la marge de la confidentialité. Ici encore, comme pour le principe de transparence, la solution la plus pratique semblerait consister à recourir à la terminologie et aux concepts déjà utilisés pour les accords de l'OMC. L'équité de la procédure en matière d'informations confidentielles exigerait alors de mettre en place des mécanismes raisonnables de protection des « informations confidentielles qui empêcheraient toute divulgation qui porterait préjudice à l'application de la loi ou serait contraire à l'intérêt public ou nuirait aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises déterminées du secteur public ou du secteur privé ».¹⁷

1.6 Questions concernant les pays en développement¹⁸

30. Les pays en développement peuvent se heurter à plusieurs problèmes tenant à leur situation particulière relativement à ces trois principes fondamentaux. Certains sont exposés ci-après, mais il peut y en avoir d'autres. Cet aspect mériterait un examen plus attentif, notamment à partir des données apportées par les pays en développement eux-mêmes.

1.6.1 Non-discrimination

31. Comme on l'a vu de manière plus approfondie ci-dessus, les lois qui mettent en œuvre les différents aspects de la politique industrielle ou d'une autre politique des pouvoirs publics peuvent avoir un effet discriminatoire. Il en va de même pour les exclusions/exemptions de la législation sur la concurrence. Chaque pays s'est bien entendu doté de lois à cet égard, mais les pays en développement peuvent estimer nécessaire d'en avoir relativement davantage. Les questions notées ci-dessus sur la façon d'aborder ces lois en vertu du principe de non-discrimination se posent peut-être avec plus d'acuité pour les pays en développement.

1.6.2 Transparence

32. Les pays en développement n'ont pas nécessairement mis en place les mécanismes régissant la publication d'information sur la législation, les procédures et les décisions en matière de concurrence que nécessiterait le principe de transparence. Il serait peut-être utile de prendre en compte les charges additionnelles que ce principe signifierait pour ces pays. S'il s'avérait que ces charges sont importantes, il conviendrait peut-être d'appliquer le concept de progressivité qui est examiné plus loin dans la section sur le traitement spécial et différencié.

1.6.3 Equité en matière de procédure

33. Les questions qui se posent aux pays en développement à cet égard sont semblables à celles qui ont trait à la transparence. Ces pays ne disposent pas nécessairement des institutions et des mécanismes nécessaires, dont la création et la dotation en personnel risquent d'imposer des charges particulières. Les pays en développement auraient sans doute besoin, au minimum, d'un délai supplémentaire pour satisfaire aux exigences liées à ce principe. Il convient toutefois de se demander si, en supposant qu'ils aient le temps voulu pour le faire, il ne leur serait pas relativement plus facile d'élaborer des systèmes de mise en œuvre de la législation sur la concurrence entièrement nouveaux afin d'y intégrer d'emblée les mécanismes nécessaires.

2. Action efficace contre les ententes injustifiables

2.1 Introduction

34. Les ententes injustifiables sont des accords entre concurrents visant à fixer des prix, à restreindre la production, à présenter des soumissions concertées et à se répartir les marchés, et constituent la forme la plus grave et la plus préjudiciable de pratique anticoncurrentielle. Il est aujourd'hui largement admis qu'elles méritent d'être condamnées parce qu'elles ne sont en général pas associées à des avantages économiques ou sociaux légitimes qui justifieraient le préjudice qu'elles causent. Par conséquent, au cours des dernières années, les différents pays ont graduellement pris conscience de la nécessité de lutter contre ces pratiques. Dans la plupart des pays, le droit de la concurrence interdit les ententes injustifiables. L'OCDE a contribué de façon importante à mieux faire comprendre la nocivité des ententes injustifiables et à faire naître un consensus de plus en plus large sur la nécessité de les détecter, de les réprimer et d'en dissuader la pratique. Elle a dernièrement publié un rapport exhaustif sur les ententes injustifiables.¹⁹

2.2 *Préjudice causé par les ententes injustifiables*

35. Les ententes injustifiables sont une source de préjudice économique considérable. Par exemple, elles nuisent aux consommateurs et aux entreprises qui achètent des produits relevant de l'entente en faisant augmenter les prix et en restreignant l'offre. Il en résulte que certains acheteurs décident de ne pas acheter un produit vendu plus cher ou d'en acheter une moins grande quantité. Les acheteurs paient un prix plus élevé pour la quantité qu'ils achètent, et induisent ainsi sans le savoir un transfert de richesse au profit des instigateurs des ententes. Les ententes injustifiables sont en outre sources de gaspillage et d'inefficience. Elles soustraient ceux qui y participent à la pleine exposition aux forces du marché et les incitent moins à maîtriser leurs coûts et à innover, ce qui a notamment pour effet de diminuer la compétitivité d'un pays au plan international. Du côté des acheteurs, les ententes injustifiables ont également des effets pernicieux, mais plutôt que d'augmenter les prix, elles les réduisent c'est-à-dire que les prix payés par les instigateurs des ententes injustifiables à des vendeurs innocents se situent en deçà des niveaux qui seraient payés pour les mêmes produits en d'autres circonstances. Dans les pays en développement, cela peut avoir un effet particulièrement dévastateur sur les petites entreprises et les agriculteurs.

36. Il est toutefois difficile de quantifier avec précision le préjudice causé par les ententes injustifiables. Les données recueillies dans le cadre d'une recherche menée récemment par l'OCDE fournissent des informations additionnelles sur son ampleur. Cette recherche portait sur des enquêtes menées par les autorités de la concurrence des pays Membres et de 20 pays non-membres de l'OCDE pendant la période comprise entre 1996 et 2000, et visait à mieux cerner les dommages causés par les ententes. Les pays qui ont répondu ont décrit en tout 145 affaires pour bon nombre desquelles il n'a toutefois pas été possible d'évaluer le préjudice causé. Malgré tout, le montant des échanges induit uniquement par 16 affaires importantes d'ententes injustifiables recensées dans l'enquête de l'OCDE a dépassé les 55 milliards d'USD à l'échelle internationale. L'étude a démontré que la marge bénéficiaire réalisée à la faveur d'une entente injustifiable par rapport à des prix concurrentiels peut varier considérablement d'une affaire à l'autre, et qu'elle est parfois considérable, et peut atteindre 50 pour cent ou plus. Il apparaît donc évident que le préjudice causé par les ententes s'élève à plusieurs milliards de dollars chaque année.

37. Les participants aux ententes injustifiables savent que leur comportement est dommageable et déploient des efforts considérables pour le dissimuler dans les pays où la loi interdit les ententes. L'enquête effectuée par l'OCDE a fourni des exemples de ces comportements. Dans une affaire, deux hommes, avec l'autorisation d'un supérieur, ont chargé deux véhicules automobiles de dossiers d'offres. Ils ont transporté ces documents à la campagne et les ont brûlés en construisant à cette fin quatre énormes feux qui ont mis une journée à se consumer. Dans une autre affaire, les conspirateurs ont fait en sorte de retracer et de détruire des documents compromettants, mais estimant qu'il fallait conserver certaines feuilles de calcul faisant état de la répartition des affaires entre eux, ont copié certains dossiers sur des disquettes qu'ils ont cachées dans les combles d'une maison appartenant à la grand-mère d'un salarié. L'enquête a également montré comment les instigateurs des ententes élaborent des mécanismes secrets pour mettre en œuvre leur entente et punir ceux qui ne s'y conforment pas. Dans une affaire, on avait élaboré un système perfectionné de mise sur écoute et ceux qui étaient accusés de tricher – c'est-à-dire de dépasser leurs quotas – devaient se défendre lors d'une réunion de hauts dirigeants. Ils avaient la possibilité, s'ils étaient punis, de faire appel auprès d'une instance supérieure.

2.3 *Recommandation formulée par l'OCDE en 1998*

38. Le 25 mars 1998, le Conseil de l'OCDE a approuvé la *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables* (C(98)35/FINAL). Le préambule de la recommandation condamne les ententes injustifiables parce qu'elles constituent la violation la plus

flagrante du droit de la concurrence. Il note qu'une action efficace contre les ententes injustifiables revêt une importance toute particulière, parce qu'en faussant les échanges internationaux, ces ententes sont source de gaspillage et d'inefficience. Il note également qu'une telle action est tout spécialement tributaire de la coopération internationale, parce que ces ententes ont généralement un caractère secret et que les preuves s'y rapportant peuvent être situées à l'étranger.

39. La Recommandation demande aux pays d'entreprendre deux types d'actions. Premièrement, les pays sont exhortés à s'assurer que la législation sur la concurrence mette fin aux ententes injustifiables et ait un effet dissuasif à l'égard de ces ententes. A cette fin, il faudrait prévoir des sanctions et des pouvoirs d'enquête suffisants, et toute exclusion ou autorisation de ce qui constituerait sinon une entente injustifiable doit être nécessaire et ne doit pas aller au-delà de ce qui est indispensable pour réaliser ses objectifs primordiaux. Deuxièmement, la Recommandation demande aux pays coopération et courtoisie pour l'application des lois interdisant les ententes injustifiables. Elle définit ensuite les principes et pratiques qui contribuent à la coopération efficace dans la lutte contre les ententes injustifiables.

2.4 Questions liées à l'application

2.4.1 Définition des ententes injustifiables

40. On s'accorde à reconnaître que la législation sur la concurrence devrait interdire les ententes injustifiables, mais on admet également qu'il est difficile de définir ces ententes selon des termes qui ne soient pas trop larges. Comme on l'a vu, les ententes injustifiables sont considérées comme comprenant les accords entre concurrents visant à fixer les prix, restreindre la production, présenter des soumissions concertées ou se répartir des marchés. Tous les accords conclus entre les concurrents qui entraînent ces effets ne sont toutefois pas préjudiciables du point de vue de la concurrence. Par exemple, deux concurrents peuvent coopérer pour créer une entreprise conjointe en intégrant une partie de leurs activités. L'entreprise conjointe pourrait être source de gains d'efficience que les associés ne pourraient pas réaliser indépendamment l'un de l'autre, et le résultat de ces gains d'efficience est une concurrence renforcée. Pour que l'association produise des effets favorables à la concurrence, il peut être nécessaire que les associés concluent une entente restreinte appropriée relativement aux prix de la production. Ce type d'entente, même s'il suppose une forme de « fixation des prix », serait légitime.

41. La Recommandation de l'OCDE reconnaît ce problème. Elle ne définit pas précisément les termes « ententes injustifiables ». Elle définit les types d'accords qui sont traditionnellement considérés comme des ententes injustifiables, mais exclut du concept ceux « qui sont raisonnablement liés à la réalisation licite d'éléments d'efficience par réduction des coûts ou accroissement de la production ». (paragraphe I.A.2.). Comme on l'a vu, les types d'accords habituellement considérés comme constituant des ententes injustifiables comprennent les accords dont l'objectif principal est la fixation des prix, la présentation de soumission concertées (collusion), l'établissement de restrictions ou de quotas à la production et le partage/la division des marchés par la répartition des clients, des fournisseurs, des territoires ou de lignes d'activité. Les accords qui n'ont pas ce type de comportement comme objectif primordial mais qui ont simplement des effets secondaires préjudiciables sur les prix, la production, la clientèle, les fournisseurs, les territoires ou les lignes d'activité, peuvent être anticoncurrentiels ou non et ne doivent par conséquent pas être condamnés par avance.

42. La Recommandation admet un autre problème de définition : les pays peuvent, pour des raisons liées à leurs objectifs nationaux, prévoir l'exclusion de certains types d'accords de la législation sur les ententes injustifiables, ou leur autorisation. Elle précise que les ententes injustifiables ne comprennent pas les accords exclus ou autorisés mais demande que les exclusions ou autorisations se fassent dans la transparence et que les pays les revoient périodiquement pour s'assurer qu'elles sont nécessaires et ne vont pas au-delà de ce qui est indispensable pour réaliser leurs objectifs primordiaux.

2.4.2 *Instruments d'enquête*

43. Les ententes injustifiables sont habituellement entourées de secret. Les participants aux ententes savent en général que leur comportement est illégal et s'efforcent de le dissimuler aux clients, aux autorités de la concurrence et au grand public. Les caractéristiques des ententes injustifiables exigent que les autorités de la concurrence aient à leur disposition des moyens spéciaux pour mettre en évidence les comportements d'entente. Le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE a étudié cette question très attentivement. Dans la lutte contre les ententes, les autorités de la concurrence doivent entre autres pouvoir obtenir rapidement, en créant un effet de surprise, des preuves documentaires et électroniques (fichiers informatiques) pouvant attester d'une entente illicite. Elles ont pu constater l'efficacité à cet égard des visites surprises dans les bureaux d'entreprises soupçonnées de participer à une entente. Dans de nombreux pays, un instrument peu développé consiste à obtenir des dépositions ou des déclarations orales de participants aux ententes qui sinon ne coopéreraient pas à l'enquête. Cet instrument prend de l'importance étant donné que les participants aux ententes ont recours à des moyens plus ingénieux et éliminent les traces papier de leurs pratiques.

44. Parmi les moyens de lutte contre les ententes récemment mis en œuvre, le programme de clémence a donné des résultats spectaculaires. Ce programme promet l'amnistie à l'égard des sanctions au premier participant (et à lui seulement) à une entente qui propose de coopérer avec l'autorité de la concurrence. Ce type de programme peut également offrir une forme de clémence autre que l'amnistie complète aux autres participants à une entente qui offrent subséquemment leur coopération à l'autorité de la concurrence. La possibilité de la clémence déstabilise l'entente et peut encourager fortement ses membres à se dissocier de l'entente. Les programmes de clémence ont connu des succès spectaculaires dans certains pays et ont contribué à faire augmenter considérablement le nombre d'ententes mises au jour et de poursuites, ainsi que le niveau d'amendes imposées dans ces affaires. Les programmes de clémence ne sont toutefois pas couronnés de succès : (i) s'il n'y a pas une forte certitude quant à la nature de la clémence qui sera accordée ; et (ii) s'il n'existe pas une menace crédible de sanction lourde en cas de non-coopération.

2.4.3 *Sanctions*

45. L'imposition de lourdes sanctions à l'encontre des ententes injustifiables est une composante nécessaire d'un programme de clémence efficace mais comporte un objectif encore plus important, qui est la dissuasion. Une dissuasion efficace devrait au moins supprimer la perspective d'un gain issu de l'activité. Par conséquent, les participants aux ententes devraient être passibles de lourdes amendes si leur pratique est découverte et si des poursuites sont engagées. Les amendes devraient au moins être égales aux gains que les participants à l'entente ont retirés de leur pratique. De nombreux spécialistes estiment que les amendes devraient être supérieures aux gains réalisés pour tenir compte du fait que toutes les ententes ne sont pas détectées et sanctionnées. Des études ont montré que pas plus d'une entente sur trois, sinon une entente sur six, fait l'objet de poursuites et de sanctions. Par conséquent, les amendes infligées à l'encontre des ententes qui font l'objet de poursuites devraient équivaloir à au moins trois fois le gain pour tenir compte du fait que les participants potentiels à une entente injustifiable ont tendance à déduire les coûts prévus des pénalités en fonction de l'appréciation qu'ils font de l'éventualité que leur activité soit découverte et punie.

46. L'OCDE a effectué une enquête sur les sanctions imposées par les pays Membres et observateurs dans les affaires d'ententes injustifiables. Dans la plupart des pays, la législation sur la concurrence prévoit des amendes importantes dans les affaires d'ententes et certains pays ont appliqué des amendes équivalant à plus de un million, et même de 10 millions d'USD. Dans trois pays de l'OCDE, les amendes les plus

lourdes imposées pendant la période comprise entre 1996 et 2000 dépassaient 100 millions d'USD. Ces pays sont toutefois la minorité. La plupart des pays n'ont jamais encore imposé de si fortes amendes. En outre, dans la plupart des cas, mêmes les amendes les plus lourdes n'ont jamais atteint le niveau dissuasif le plus efficace, soit trois fois le gain réalisé de manière illicite. La difficulté qui s'est en partie posée est que les tribunaux se sont montrés réticents à imposer des amendes équivalant aux niveaux maximums permis par la législation interne ou s'en approchant. Pour remédier à ce problème, certains pays ont entrepris des efforts pour sensibiliser les tribunaux à l'importance qu'il y a à infliger de fortes amendes pour créer un effet dissuasif et attirer leur attention sur l'avantage que présentent les amendes plus élevées.

47. L'imposition de sanctions contre des personnes physiques qui participent à une entente peut également se révéler très utile dans la lutte contre les ententes. Ces sanctions peuvent prendre la forme d'amendes substantielles, ou, dans certains pays, d'une peine d'emprisonnement. L'imposition de sanctions contre des personnes physiques complète efficacement les amendes imposées aux organisations, en particulier dans les cas où il n'est pas possible d'imposer l'amende maximale à une entreprise, en raison par exemple du fait que l'amende causerait sa faillite. La perspective que soit établie une responsabilité individuelle peut ajouter un effet dissuasif important, et les sanctions imposées aux personnes physiques comportent un autre avantage, puisqu'elles incitent les personnes coupables à cesser de participer aux ententes et à coopérer à l'enquête afin d'éviter une sanction. Seuls quelques pays imposent toutefois régulièrement des sanctions à des personnes physiques pour des pratiques d'entente.

48. Un troisième type de sanction susceptible de produire un effet dissuasif additionnel est l'attribution de dommages-intérêts aux victimes des pratiques illégales des participants aux ententes. Dans plusieurs pays, la législation prévoit l'attribution de dommages-intérêts à des plaignants privés, mais cette sanction n'est prononcée que dans très peu de pays. L'étude de l'OCDE sur les sanctions conclut principalement que celles-ci n'ont pas encore atteint leur niveau optimal dans la plupart des pays.

2.4.4 *Coopération internationale*

49. Comme on l'a vu, la recommandation de l'OCDE demande une coopération internationale accrue dans la lutte contre les ententes injustifiables. Les ententes qui ont des effets transnationaux se multiplient. Les autorités de la concurrence des différents pays éprouvent souvent de la difficulté à intenter des poursuites contre ces ententes, étant donné qu'une partie ou la totalité des participants, de même que les éléments de preuve importants, sont parfois situés à l'étranger et ne sont pas soumis à la compétence d'un pays donné. Il n'est peut être pas possible pour l'autorité de la concurrence d'un seul pays d'intenter des poursuites couronnées de succès à l'encontre de ce type de conspiration sans la coopération d'un ou de plusieurs autres pays. Les pays ont toutefois de la difficulté à s'engager dans une coopération fructueuse pour lutter contre les ententes internationales. Cet aspect est examiné de façon plus exhaustive dans la section du présent document qui traite de la coopération internationale.

2.4.5 *Evolutions récentes*

50. Depuis que l'OCDE a publié sa recommandation, des progrès significatifs sont intervenus dans la lutte contre les ententes injustifiables. Plusieurs pays ont adopté de nouvelles lois sur la concurrence qui prévoient des amendes maximales plus élevées dans les affaires d'ententes ; ils ont autorisé le recours à de nouveaux instruments d'enquête sur les ententes et mis en place des programmes de clémence ; ils ont conclu de nouveaux accords de coopération bilatéraux et multilatéraux qui encouragent la coopération internationale dans les affaires de concurrence ; certains pays envisagent d'attribuer la qualification pénale aux comportements constitutifs d'entente, ce qui permettrait l'imposition de sanctions plus sévères ; et plus important encore, de nombreux pays repèrent et poursuivent plus vigoureusement les ententes – le nombre des affaires d'ententes injustifiables augmente. Ce progrès est rassurant, mais la lutte ne fait néanmoins que commencer. Il semble en outre que ce progrès ait pour l'essentiel été noté dans les pays développés – ceux

qui depuis longtemps veillent activement à l'application du droit de la concurrence. Par conséquent, beaucoup reste à faire dans l'ensemble des pays pour susciter la volonté d'empêcher et de poursuivre ce comportement et d'y consacrer les moyens nécessaires.

2.5 *Questions qui se posent aux pays en développement*

2.5.1 *Ententes internationales*

51. Ces dernières années, l'attention s'est largement portée sur les ententes internationales – il s'agit des ententes qui existent dans plusieurs pays, voire dans le monde entier, et dont les participants sont situés dans des pays différents. Le phénomène des ententes internationales prend de plus en plus d'ampleur ; la mondialisation a fait naître des marchés qui chevauchent les frontières des pays et les ententes qui opèrent sur ces marchés ont également connu une expansion géographique.²⁰ Les ententes internationales affectent tous les pays développés ou en développement. Elles sont préjudiciables aux consommateurs des pays en développement parce qu'elles entraînent une augmentation des prix des produits que ces pays importent. Une étude portant sur les ententes internationales a montré que pendant la seule année 1997, les pays en développement ont importé des biens évalués à environ 81 milliards d'USD provenant de branches d'activité dans lesquelles il y avait eu une conspiration visant à fixer les prix dans les années 1990.²¹ Les ententes internationales peuvent également avoir un effet pernicieux dans les pays en développement en contribuant de diverses façons à freiner les nouvelles entrées d'entreprises étrangères ou locales sur les marchés relevant des ententes.²²

52. Les pays développés qui ne se sont pas dotés d'une législation sur la concurrence n'ont pas le pouvoir d'empêcher ou de réprimer ces ententes internationales. Il est cependant difficile, même pour les pays qui ont institué une telle législation, de prendre des mesures à l'encontre des ententes internationales, pour les raisons mentionnées ci-dessus – un grand nombre, sinon la totalité des comportements constitutifs d'ententes se produit dans d'autres pays ; les participants aux ententes et la preuve de leur conduite sont situés à l'étranger, échappant ainsi à la législation interne ; enfin, l'engagement d'une enquête sur ces ententes demande des ressources dont ne disposent pas la plupart des autorités de la concurrence dans les pays en développement.

53. Pour poursuivre efficacement les ententes internationales, les pays en développement doivent coopérer avec les autres pays. Toutefois, comme on l'a vu, la coopération internationale est difficile dans ce type d'affaires. L'OCDE a examiné la coopération internationale intervenue dans le cadre des poursuites intentées dans deux affaires bien connues d'ententes internationales – l'une portant sur des vitamines et l'autre sur des électrodes en graphite. L'étude a montré que ces conspirations, qui entraînaient des effets dans le monde entier, n'avaient fait l'objet de poursuites que dans un petit nombre de juridictions, toutes situées dans des pays de l'OCDE.²³ Les pays qui étaient à la recherche de preuves concernant les ententes ont eu de la difficulté à les recueillir auprès de ceux qui avaient été parmi les premiers à avoir engagé des poursuites. Les poursuites relatives aux ententes n'ont, à quelques exceptions près, été couronnées de succès que dans les pays qui ont bénéficié de la coopération volontaire d'un ou de plusieurs participants aux ententes, habituellement en vertu d'un programme de clémence.

54. Les instances internationales de la concurrence sont confrontées à la difficulté de trouver des moyens de lutter efficacement contre les ententes internationales. Si le nombre de pays capables d'engager des poursuites à l'encontre de ces ententes n'augmente pas, il ne sera peut-être possible d'opposer des moyens de dissuasion suffisants à leur égard. En d'autres termes, les sanctions imposées par un nombre relativement faible de pays, même si elles constituent des amendes maximales dans ces pays, ne sont peut-être pas suffisantes pour compenser les gains réalisés grâce aux ententes dans d'autres pays, ce qui fait qu'une entente donnée peut au bout du compte être rentable, même après avoir donné lieu à des poursuites. Les consommateurs des pays qui ne poursuivent pas ces ententes ne sont pas dédommagés pour le

préjudice qu'ils ont subi, que ce soit par le biais des amendes perçues par leurs gouvernements, ou par celui de dommages-intérêts accordés à des parties privés. (Ils bénéficient toutefois d'un avantage significatif dans les affaires qui font l'objet de poursuites ailleurs : le comportement constitutif d'entente est stoppé – on peut le supposer – sans frais pour le pays qui n'engage pas de poursuites.) Les tenants d'un cadre multilatéral sur la concurrence font observer qu'un tel cadre aurait pour effet de renforcer la coopération à la lutte contre les ententes injustifiables.

2.5.2 *Ententes nationales*

55. Les ententes internationales portent préjudice aux pays en développement, mais les ententes nationales ou locales -- qui ont cours dans un seul pays ou peut-être dans un petit nombre de pays voisins -- leur sont encore plus dommageables. On ne connaît pas bien l'étendue des activités d'ententes dans les pays développés, mais il est fort probable qu'elles y sont nombreuses. De nombreux pays en développement ne disposent pas d'un programme efficace de lutte contre les ententes -- certains n'ont même pas de législation sur la concurrence -- et les milieux d'affaires ont fortement tendance à pratiquer la collusion lorsque règne l'impunité.

56. L'enquête de l'OCDE fournit des informations intéressantes sur les ententes nationales. La plupart des 145 affaires signalées ont trait à des ententes nationales. Certaines de ces ententes existaient depuis des décennies, impliquaient des douzaines ou même des centaines de participants et avaient affecté des échanges commerciaux équivalant à des milliards en devise nationale. Le rapport de l'OCDE a établi que ces ententes sont survenues dans tous les secteurs de l'économie, mais sont plus répandues dans certains secteurs, notamment la construction, les matériaux de construction, les ventes au secteur public, les produits alimentaires en gros, les matériels électriques, le secteur des services, plus précisément le transport local, les professions libérales et les soins de santé. Ces secteurs revêtent de l'importance pour les pays développés et les pays en développement. Outre le fait qu'elles causent un préjudice direct aux consommateurs et aux entreprises au niveau local, ces ententes peuvent miner l'aptitude d'un pays à concurrencer sur les marchés régionaux et internationaux. Les pays en développement devraient tirer au moins un enseignement de ces résultats, et faire porter leurs efforts principalement sur une action efficace contre les ententes pratiquées à l'intérieur de leurs frontières, qui sont susceptibles de causer de graves préjudices et sur lesquelles elles peuvent exercer un contrôle relativement plus grand.

2.5.3 *Créer un consensus contre les ententes*

57. Pour être couronnée de succès, la lutte contre les ententes doit être vigoureusement appuyée à l'échelle d'un pays -- par le gouvernement, le public et les milieux d'affaires. Les entreprises sont aussi des consommateurs. Les ententes les forcent à payer des prix plus élevés pour des produits, ce qui risque de compromettre considérablement leur compétitivité internationale, régionale ou même nationale. La constitution d'un appui à une politique de lutte contre les ententes nécessite plus qu'une campagne de relations publiques, qui a néanmoins son utilité. Il faudrait apporter un soin particulier à la rédaction de la législation sur la concurrence et de la réglementation afférente ; l'autorité de la concurrence devrait disposer des ressources adaptées -- budget, effectifs, et moyens de mise en œuvre efficaces ; et il faudrait examiner attentivement les exclusions et les exemptions des dispositions de la législation sur la concurrence qui interdisent les ententes. Comme on l'a vu, selon la Recommandation de l'OCDE, ces exclusions devraient être nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général légitimes et n'avoir qu'un impact minimum sur les marchés concurrentiels. Ces aspects sont étudiés plus avant dans le présent document et dans d'autres débats qui se tiendront dans le cadre du Forum mondial.

3. Le traitement spécial et différencié

58. Le concept de traitement spécial et différencié fait référence aux règles spéciales qui s'appliquent aux pays en développement pour leur permettre de s'intégrer pleinement à un contexte international donné. Il est bien établi dans le contexte des échanges et la question ici exposée porte sur la mesure dans laquelle il devrait également s'appliquer dans le contexte du commerce et de la concurrence, et, plus précisément, sur la manière dont il devrait être intégré à un éventuel accord multilatéral sur le commerce et la concurrence.²⁴

3.1 *Les origines et l'évolution du concept de traitement spécial et différencié dans le GATT*

59. Lors de la création du GATT, en 1947, onze des vingt-trois premiers signataires étaient des pays en développement. Ce groupe n'était cependant pas officiellement reconnu en tant que tel et il n'existait pas de dispositions ou d'exceptions spéciales concernant ces pays. Par conséquent, le concept de traitement spécial et différencié n'existait pas au début. Lors de la session de révision 1954-55 du GATT, les pays en développement ont toutefois reconnu qu'ils se trouvaient confrontés à des difficultés particulières qui entravaient leur pleine participation entière au commerce international, et ont commencé à faire pression pour que leurs préoccupations soient prises en compte. Pendant les 25 années qui ont suivi, plusieurs dispositions mettant en œuvre le traitement spécial et différencié ont été intégrées à l'Accord.²⁵ Ces règles ont été articulées autour de deux concepts de base : la non-réciprocité et l'accès préférentiel aux marchés. La non-réciprocité visait à permettre aux pays en développement de protéger leurs industries nationales en ayant recours à des droits de douane plus élevés et à d'autres obstacles au commerce qui n'étaient pas accessibles aux pays développés. En d'autres termes, les pays développés sont convenus de ne pas demander de réciprocité de la part des pays en développement pour les engagements pris de réduire ces obstacles. L'accès préférentiel aux marchés, par ailleurs, concernait les exportations des pays en développement auxquelles un traitement tarifaire préférentiel était accordé dans les pays développés.

60. Dans les années 1980, il est toutefois devenu évident que ces mesures n'avaient pas permis de remédier au problème de la marginalisation des pays en développement par rapport au système commercial international. Il devenait de plus en plus manifeste que la protection des industries locales par des tarifs plus élevés ne les avaient pas pour autant rendues plus concurrentielles au plan international. En outre, les dispositions relatives à l'accès préférentiel aux marchés n'ont pas eu l'effet escompté pour une foule de raisons, notamment le recours à des mesures de protection ponctuelles par les pays développés, l'érosion des marges de préférence par les réductions périodiques des droits NPF et des produits de secteurs présentant un intérêt déterminant pour les pays en développement, comme l'agriculture, étant exclus du GATT. Il y a donc eu un déplacement du protectionnisme et de l'accès préférentiel aux marchés vers des mesures procédurales – qui fournissaient des règles spéciales afin de permettre aux pays en développement de s'ajuster plus facilement à leurs engagements aux termes des accords de l'OMC.

61. Les accords de l'OMC ne comptent pas moins de 145 dispositions concernant le traitement spécial et différencié, qui ont été classées en cinq grandes catégories²⁶:

1. *Dispositions visant à accroître les possibilités commerciales par l'accès aux marchés.* Les mesures adoptées avant 1980 n'ont pas été abandonnées. Plusieurs dispositions ont été transposées dans l'Accord du GATT de 1994.
2. *Dispositions aux termes desquelles les Membres de l'OMC doivent préserver les intérêts des pays en développement.* Il s'agit surtout de dispositions de caractère général ou de simples recommandations invitant les Membres à faire de leur mieux, et à « tenir pleinement compte » des besoins des pays en développement, à y « accorder une attention particulière »

et à les « prendre spécialement en considération » lors de l'application des textes en question.

3. *Dispositions prévoyant une plus grande flexibilité des engagements.* Les dispositions relatives à la non-réciprocité ont été conservées, mais des dispositions additionnelles autorisent les pays en développement à une plus grande flexibilité dans l'application des règles ayant trait à l'accès aux marchés, aux exemptions ou aux subventions. La flexibilité est mentionnée dans 48 des 145 dispositions relatives au traitement spécial et différencié et apparaît donc comme l'un des instruments les plus importants du traitement spécial et différencié dans le cadre de l'OMC.
4. *Dispositions prévoyant un allongement des périodes de transition.* Par exemple, l'Accord sur les ADPIC accorde généralement aux pays en développement une période de transition pouvant aller jusqu'à cinq ans et aux pays les moins avancés²⁷ un délai pouvant aller jusqu'à onze ans pour adopter leur législation à l'Accord. L'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce accorde aux pays les moins avancés, aux pays en développement et aux pays développés des délais de sept, cinq et deux ans respectivement pour supprimer les mesures visées.
5. *Dispositions se rapportant à l'assistance technique.* Ces dispositions visaient à faire suite à la prise de conscience générale que la mise en oeuvre réussie des accords dans les pays en développement nécessitait un cadre juridique et institutionnel adéquat, pour lequel une assistance serait nécessaire.

3.2 *Traitement spécial et différencié dans le contexte du commerce et de la concurrence*

62. Sur les 142 Membres que compte l'OMC, 50 n'ont pas encore élaboré de cadre en matière de concurrence et nombreux sont les pays où ce cadre date de moins de 10 ans. En outre, la mise en place de lois et de mesures *effectives* en matière de concurrence se heurte à des problèmes particuliers. Dans les pays où la politique en matière de concurrence a été adoptée récemment, il n'y a pas encore de « culture de la concurrence », les marchés se caractérisent par une forte concentration et le passé est marqué par de multiples interventions de l'Etat ; l'autorité de la concurrence manque peut-être de ressources efficaces et de moyens suffisants pour faire respecter les textes ; enfin, la volonté politique de faire appliquer le droit de la concurrence à l'encontre de puissants intérêts n'est pas toujours présente. Il semble dans ce contexte que l'application du concept de traitement spécial et différencié sous une certaine forme devrait être envisagé.

63. Il existe différentes formulations possibles de l'application du principe du traitement spécial et différencié dans un contexte de concurrence. En voici quelques-unes :

- *Application de la formulation de l'AGCS concernant un traitement spécial et différencié.* Aux termes de l'AGCS, l'accès aux marchés et le traitement national sont des concessions négociées pour un secteur ou sous-secteur particulier de services. En d'autres termes, les Membres de l'OMC peuvent choisir les secteurs dans lesquels ils libéralisent les échanges (« engagements volontaires positifs ») et poser des conditions et des limites à cette libéralisation, dans la mesure où ces limites sont spécifiées dans la liste (« engagements négatifs »). Cette approche peut être adoptée dans le contexte de la concurrence et permettre aux Membres de mettre graduellement en oeuvre une politique de la concurrence dans leur pays.
- *Un large accord-cadre comportant des exceptions/des exemptions.* Il s'agit essentiellement de l'approche multilatérale, étudiée de manière plus approfondie ci-après.

- *Une approche plurilatérale.* Si un consensus multilatéral ne peut être atteint sur le commerce et la concurrence, il est peut-être possible d'avoir recours à la plurilatéralité, par le biais d'accords bilatéraux et régionaux. De fait, l'approche multilatérale et l'approche plurilatérale ne sont pas nécessairement mutuellement exclusives.
- *Distinctions entre les différentes catégories de pays en développement.* Chaque pays se situe à un stade différent de l'élaboration de sa politique en matière de concurrence. Cela signifie qu'il n'y a pas de solution unique. Il faudrait donc structurer le concept de traitement spécial et différencié de manière à ce qu'il puisse s'appliquer à différentes catégories de pays selon leur niveau de développement et les progrès qu'ils ont réalisés sur la voie de l'économie de marché.
- *Prévoir des périodes de transition et une assistance technique.* Ces aspects fondamentaux du traitement spécial et différencié seraient sans doute intégrés dans un programme auquel le concept serait appliqué.

3.3 *Traitement spécial et différencié dans un éventuel cadre multilatéral sur la concurrence*

64. Parmi les cinq types de dispositions ayant trait au concept de traitement spécial et différencié énumérés ci-dessus, deux – la « flexibilité » (type 3) et la « progressivité » (type 4) – en sont venus à être considérés comme les plus apparentés au concept de traitement spécial et différencié appliqué au commerce et à la concurrence. Les autres types de dispositions font aussi clairement partie du traitement spécial et différencié mais la flexibilité et la progressivité ont une signification plus précise, et sont souvent utilisées de concert en remplacement des termes « traitement spécial et différencié », d'acception plus large. Dans ce contexte, la flexibilité renvoie en général au fondement du droit de la concurrence et à la capacité d'un pays en développement à choisir parmi un éventail d'options lorsqu'il l'élabore. Un petit pays en développement ouvert au commerce peut décider, par exemple, de ne pas inclure de dispositions sur le contrôle des fusions dans sa législation sur la concurrence. Un pays en développement pourrait aussi exclure certains secteurs, certains types de conduite ou certaines entités économiques de l'application de la loi. La progressivité renvoie en général au moment et aux moyens de la mise en œuvre d'un cadre en matière de concurrence. Certains accords existants de l'OMC consentaient aux pays en développement un délai plus long pour l'application de leurs dispositions, et de manière similaire, il est parfois nécessaire, en raison des contraintes liées aux institutions et aux ressources auxquelles font face ces pays, de leur accorder des périodes de transition plus longues pour leur permettre de mettre en œuvre pleinement un dispositif d'application du droit de la concurrence.²⁸

65. Une question capitale se pose s'agissant du traitement spécial et différencié dans le contexte de la concurrence, à savoir si ce concept doit être considéré comme un principe fondamental, comme la non-discrimination, la transparence et l'équité en matière de procédure. Les opinions divergent sur ce point. De nombreux pays en développement demandent que le traitement spécial et différencié soit un principe fondamental.²⁹ Le paragraphe 25 de la Déclaration de Doha ne fait pas expressément référence au traitement spécial et différencié en tant que principe fondamental, mais indique : « Il sera pleinement tenu compte des besoins des pays en développement et pays les moins avancés participants et une flexibilité appropriée sera prévue pour y répondre. » Le meilleur moyen de parvenir à ce résultat, selon certains, est de considérer le traitement spécial et différencié comme un principe fondamental. A l'inverse, certains opposent que le traitement spécial et différencié devrait être considéré comme un élément déterminant pour la mise en œuvre de l'accord mais non comme un de ses principes fondamentaux. Les principes fondamentaux, estime-t-on, s'appliquent à tous les aspects de la mise en œuvre de l'accord et, on peut le présumer, pendant toute la durée de l'accord. Le traitement spécial et différencié, pour sa part, présente comme caractéristique intrinsèque que si sa mise en œuvre est réussie, il ne sera un jour plus nécessaire d'y avoir recours. De toute manière, que le traitement spécial et différencié soit compris ou non dans les

principes fondamentaux, il ne ferait pas de doute que la flexibilité, de même que la progressivité, constitueraient pour les pays en développement des éléments déterminants d'un éventuel nouvel accord négocié aux termes du Cycle de Doha.

66. La question primordiale est donc de savoir comment le concept de traitement spécial et différencié, ou la flexibilité et la progressivité, pourraient être mis en œuvre dans un tel cadre. Il convient de noter à cet égard que toutes choses étant égales d'ailleurs, un accord restreint impose moins d'obligations à l'ensemble des pays, y compris aux pays en développement, qu'un accord exhaustif. Par exemple, un cadre exempt de dispositions sur le contrôle des fusions évite d'avoir à décider si les pays en développement doivent exercer ce pouvoir. Ce type de compromis sur l'étendue des obligations éventuelles, qui est fait au stade de l'élaboration de l'accord, prend en compte les besoins et la situation particulière des pays en développement. A cet égard, la plupart des propositions de cadre multilatéral sur la concurrence concernent un accord de portée limitée. L'Union européenne, qui a été parmi les premiers à proposer un cadre multilatéral sur la concurrence, suggère que les dispositions relatives au fonctionnement comprennent seulement les trois principes fondamentaux de non-discrimination, de transparence et d'équité en matière de procédure, un engagement à considérer les ententes injustifiables comme une infraction grave au droit interne de la concurrence, et des modalités relatives à la coopération volontaire et au renforcement des capacités.

67. Un cadre relativement limité tel que celui qui est proposé poserait toutefois de nombreux problèmes en rapport avec le traitement spécial et différencié. Les dispositions qui en feraient un principe de base incluraient la flexibilité et la progressivité. La flexibilité suppose, par exemple, que les pays en développement ont la marge de manœuvre voulue pour mettre en œuvre différentes politiques industrielles susceptibles d'affecter l'application de leur législation sur la concurrence, notamment la création d'exclusions/d'exemptions de la législation sur la concurrence. Comme on l'a vu précédemment dans la section sur les principes fondamentaux, l'application de ces politiques pourrait entraîner une discrimination envers des entreprises étrangères, ce qui pourrait constituer une violation du principe fondamental de non-discrimination. La flexibilité a également une incidence sur le principe fondamental de transparence, qui exige que les mesures de flexibilité soient entièrement transparentes.

68. La progressivité est également un élément très pertinent de la mise en œuvre des trois principes fondamentaux. La mise en place de mécanismes de transparence, comme on l'a vu, pourrait être difficile pour les pays en développement, où ce type de mécanismes n'est actuellement pas la norme. La progressivité pourrait revêtir une importance encore plus grande au regard du principe fondamental d'équité en matière de procédure. Les pays en développement ne disposent peut-être pas des institutions et des mécanismes qui seraient nécessaires pour assurer l'équité des procédures de mise en œuvre de la législation sur la concurrence, et leur mise en place pourrait demander du temps et des ressources. Il semble que le traitement spécial et différencié exigerait que ces pays se voient accorder un délai supplémentaire par rapport aux pays développés.

69. Que l'interdiction des ententes injustifiables soit ou non la seule disposition de fond d'un accord multilatéral sur la concurrence, la flexibilité, et plus précisément l'aptitude des pays en développement à instituer des exclusions/des exemptions de l'application de leur législation sur la concurrence pour des raisons liées au traitement spécial et différencié, soulève des questions fondamentales. Bien entendu, tout pays développé et en développement possédant une législation sur la concurrence a également institué d'une façon ou d'une autre des exclusions/des exemptions de l'application de cette législation. Certains estiment toutefois que les pays en développement ont des besoins particuliers à cet égard – et qu'il faudrait leur permettre d'instituer des exclusions/des exemptions nécessaires au développement de leurs industries et de leurs entreprises locales. Mais cet argument est toutefois contré par le fait qu'on dispose d'un ensemble d'informations montrant que le traitement spécial et différencié, précisément dans le contexte des exclusions/des exemptions de l'application des lois sur la concurrence, ne contribue pas au développement

industriel et au renforcement de la compétitivité au plan international, mais peut au contraire constituer un préjudice à cet égard.³⁰ Les opinions divergent sur ce point, cependant, et on peut supposer que cet aspect de la flexibilité – le fait que les pays en développement aient la possibilité d’instituer des exclusions/des exemptions – serait comprise dans la composante liée au traitement spécial et différencié d’un cadre multilatéral sur la concurrence.

4. Coopération volontaire à l’application du droit de la concurrence

70. L’OCDE entend favoriser la coopération internationale dans le cadre de l’action gouvernementale et de la politique économique et ses travaux dans ce domaine s’étendent à l’application de la législation sur la concurrence. La présente section donne un aperçu des travaux accomplis par l’OCDE dans ce domaine et de la coopération en général. Elle met également en évidence certains problèmes de coopération qui se posent en particulier pour les pays en développement.³¹

71. La « coopération volontaire », au sens large, englobe un ensemble complet d’actions par lesquelles les pays peuvent travailler les uns avec les autres. L’application de la législation sur la concurrence suppose en général deux grands types de coopération internationale. Le premier type comprend les échanges d’informations et de connaissances acquises sur différentes questions au stade de l’élaboration, notamment sur le contenu et la forme de la législation sur la concurrence et de la réglementation afférente, la création d’une autorité de la concurrence, l’analyse des problèmes de concurrence, les techniques de traitement des affaires de concurrence, etc. Ce type de coopération peut être appelé « coopération institutionnelle ». Le deuxième type est la coopération ponctuelle, qui suppose un échange d’informations et une fourniture d’assistance relativement à des affaires ou à des enquêtes spécifiques ayant trait à la concurrence intéressant deux pays ou plus. Il sera traité brièvement ici du premier type et plus en détail du deuxième.

4.1 Coopération institutionnelle

72. Ce type de coopération prend de nombreuses formes. Il englobe en général les communications entre les autorités de la concurrence, souvent au stade de l’élaboration, dans des cadres bilatéraux, plurilatéraux et multilatéraux, sur les mesures adoptées pour l’application de la législation sur la concurrence. Il peut comprendre les modalités de l’examen par les pairs et de l’assistance technique, deux aspects examinés ailleurs dans le présent document. Il comprend une bonne partie des activités du Comité du droit et de la politique de la concurrence de l’OCDE. Dans les réunions du Comité, qui prennent souvent la forme de tables rondes d’une durée de deux heures ou plus, les pays Membres et les pays observateurs procèdent à l’examen attentif de certains problèmes d’analyse et de mise en oeuvre. Pour les besoins des débats, les délégations présentent des contributions écrites auxquelles s’ajoutent un document analytique du Secrétariat et une synthèse des débats, et ces documents sont compilés, publiés et placés sur le site Internet de l’OCDE, où chacun peut les consulter.

73. Le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l’OCDE n’a évidemment pas l’exclusivité de ce type de coopération, qui intervient dans d’autres organisations internationales, notamment la CNUCED et l’OMC, de même qu’au niveau régional, dans des organisations comme l’Union européenne, l’APEC, l’ALENA, le COMESA, et le CARICOM. La coopération a souvent lieu au niveau bilatéral, entre des pays qui, du fait de leur proximité ou de leurs nombreux échanges commerciaux, ont noué des relations de travail étroites.

74. Les avantages de la coopération institutionnelle, au Comité du droit et de la politique de la concurrence de l’OCDE et ailleurs, ne sont plus à démontrer. Au niveau le plus général, ce type de coopération contribue à établir des relations de travail entre les responsables de l’application du droit de la concurrence et entre les autorités de la concurrence des différents pays. La coopération institutionnelle

contribue également à la recherche d'un consensus sur les meilleures pratiques de mise en œuvre de la législation sur la concurrence et, au fil du temps, permet de faire converger les politiques adoptées par les différents pays en matière de concurrence.

4.2 *Coopération ponctuelle*

75. Ce type de coopération gagne en importance. Les pratiques commerciales ont de plus en plus d'incidences à l'étranger et la coopération volontaire entre les autorités nationales de la concurrence est effectivement le seul moyen de faire en sorte que les pays les traitent collectivement. D'importants facteurs, examinés ci-après de façon plus exhaustive, limitent la capacité des autorités nationales à s'engager dans la coopération ponctuelle, mais l'évolution dans ce sens est incontestable.

4.2.1 *La Recommandation de l'OCDE*

76. La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la coopération internationale en matière d'application de la législation sur la concurrence a été adoptée en 1967. Cette recommandation a été révisée récemment, en 1995.³² Elle recommande que les pays Membres coopèrent de trois façons : 1) en s'informant mutuellement des enquêtes ou procédures susceptibles d'affecter les intérêts importants d'un autre pays ;³³ 2) en échangeant des informations pertinentes sur les pratiques anticoncurrentielles dans la mesure où leurs intérêts légitimes en permettent la divulgation, sous réserve de mesures de protection appropriées, notamment en ce qui concerne la protection des informations confidentielles ;³⁴ et 3) en coordonnant leurs actions lorsque deux ou plusieurs pays Membres engagent des poursuites à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles dans le commerce international. »³⁵

77. L'Annexe de la Recommandation indique avec plus de précisions comment les pays peuvent coopérer selon ces modalités. Elle décrit les circonstances qui donneraient lieu à l'obligation de notification, le contenu recommandé de la notification et les moyens par lesquels les notifications peuvent être faites. A cet égard, elle charge le Comité de la concurrence de conserver une liste de contacts dans les pays Membres auxquels transmettre ces notifications. L'Annexe expose également les moyens par lesquels deux pays ou plus peuvent coordonner des enquêtes. Ces pays peuvent entre autres échanger des informations sur les périodes de transitions applicables, partager des informations circonstanciées (toujours sous réserve de limites importantes relatives à la divulgation d'informations confidentielles), s'aider mutuellement à obtenir des informations sur une base volontaire auprès des défendeurs ou de tierces parties, et coordonner les discussions ou les négociations ayant trait aux mesures correctives.

78. L'Annexe suggère également des procédures par lesquelles un pays peut fournir de l'assistance à un autre pays dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure que celui-ci a entreprise. Le pays qui fournit de l'aide peut communiquer des informations pertinentes en sa possession, du domaine public ou obtenues auprès de tierces parties sur une base volontaire ou par la contrainte. Toutes ces procédures sont assujetties aux législations internes régissant la protection des informations confidentielles et le recours à la contrainte. La Recommandation comporte en outre une disposition concernant la « courtoisie active ». Il y est recommandé qu'un pays (1) prenne en considération attentivement et avec bienveillance la demande qui lui est adressée par un autre pays en vue d'engager ou d'élargir une procédure d'application de ses réglementations afin de remédier à une pratique qui porte gravement préjudice à ses intérêts et (2) prenne les mesures correctives qu'elle juge appropriées sur une base volontaire et en tenant compte de ses intérêts légitimes.³⁶

79. La Recommandation comporte enfin une procédure de consultation et de conciliation. Lorsqu'un différend surgit entre des pays en ce qui a trait au préjudice qu'une enquête ou une procédure engagée par un pays cause à un autre pays, ou à une demande au titre de la courtoisie active, les pays sont invités à mener des consultations au sujet de ces différends et s'ils ne parviennent pas à un règlement, à avoir

recours au Comité de la concurrence pour qu'il fasse office de conciliateur. L'annexe de la Recommandation énonce les procédures de consultation et de conciliation. Il n'a toutefois pas été fait recours aux procédures de conciliation.

4.2.2 *Accords de coopération*

80. Un phénomène important et de plus en plus répandu dans le cadre de la coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence est la création d'accords de coopération officielle entre les pays. Ces accords pour la plupart bilatéraux interviennent entre des pays qui ont d'importants liens commerciaux ou géopolitiques. Il existe également des accords plurilatéraux. Ils s'inscrivent dans le cadre d'accords de libre-échange régionaux, comme l'ALENA, ou le MERCOSUR. On dénombre aujourd'hui des douzaines d'accords de ce type, et leur nombre augmente chaque année. Ces accords sont conclus par les pays Membres aussi bien que par des pays non-membres de l'OCDE. Bon nombre d'entre eux ont plus ou moins la même forme et le même contenu et correspondent à la Recommandation de l'OCDE. Ils contiennent des dispositions sur la notification des enquêtes ou des procédures affectant l'autre partie, l'échange d'informations, la coordination des enquêtes et des procédures, l'exercice de la courtoisie active et les consultations. Il arrive également qu'ils contiennent des dispositions relatives à la coopération technique, en particulier si l'une des parties est un pays en développement, ainsi qu'aux réunions périodiques des dirigeants des autorités de la concurrence des parties contractantes. La plupart des accords n'exigent toutefois pas qu'un pays fournisse des informations qu'il juge confidentielles.

4.2.3 *Etudes effectuées par le Comité de la concurrence sur la coopération internationale*

81. Le Comité de la concurrence a récemment effectué des études sur la coopération internationale dans deux types d'enquêtes et d'affaires – les fusions transnationales et les ententes internationales. Les deux types d'études étaient fondées sur les réponses fournies à un questionnaire soumis aux délégations des pays Membres et non-membres invités à un Forum mondial sur la concurrence.

4.2.4 *Fusions transnationales*

82. Il est largement admis que le nombre des fusions transnationales (ou « transfrontières ») – c'est-à-dire des fusions qui ont des effets dans plusieurs pays – a augmenté significativement au cours de la dernière décennie, même s'il est difficile de quantifier ce phénomène. La disparition des obstacles tarifaires a entraîné l'extension géographique des marchés. Les entreprises ont aussi pris de l'expansion, en procédant souvent pour ce faire à des fusions et à des acquisitions, dans le but de servir ces marchés plus grands.

83. Soixante pays ont déjà établi une législation en matière de contrôle des fusions. Les parties aux fusions transnationales doivent dans certains cas notifier simultanément leur transaction à au moins deux et parfois à plusieurs autorités de la concurrence et se soumettre à une enquête menée par ces dernières. Outre les charges financières et les délais associés à ces examens multiples, les parties aux transactions de fusion courent le risque que les résultats des enquêtes menées par différents pays manquent de cohérence et soient dans certains cas contradictoires. Pour leur part, les autorités de la concurrence se trouvent confrontées à des conditions tout aussi difficiles à l'occasion de ces fusions. Il peut arriver que l'une des deux entreprises concernées, ou les deux, soient étrangères, que les avoirs ou les activités qui ont un effet sur le marché intérieur soient situés ailleurs, que l'autorité de la concurrence, pour des raisons d'ordre juridictionnel, n'ait pas accès à des informations importantes pour l'analyse du point de vue de la concurrence, et, enfin, que les travaux de deux organismes menant sans le savoir une enquête sur la même transaction se nuisent, ou du moins se recoupent inutilement. La coopération entre autorités de la concurrence présente des avantages évidents.

84. La coopération entre les pays ayant un intérêt dans une transaction peut débuter dès qu'il est connu qu'une autorité similaire a entrepris une enquête. Les responsables de la concurrence ont décrit le processus de coopération comme un dialogue informel et coopératif, qui intervient habituellement entre les responsables des dossiers des autorités participantes. La collaboration peut dépendre en grande partie de la portée de l'autorisation d'échanger des informations confidentielles que les parties à la fusion auront données aux autorités de la concurrence concernées. Ce point est abordé de manière plus approfondie plus loin. Cependant, qu'elles puissent ou non se communiquer des informations confidentielles, les autorités de la concurrence ne considèrent pas qu'il leur est interdit d'échanger des renseignements sur le « processus de délibération » – c'est-à-dire sur l'analyse et les conclusions concernant la définition du marché ou les effets sur la concurrence, par exemple. Ces informations ne sont pas diffusées publiquement mais ne contiennent pas d'éléments commerciaux confidentiels. Les autorités de la concurrence peuvent également partager des informations sur le processus d'enquête, par exemple sur le déroulement des procédures, et sur la nature des documents et des informations qui ont été demandés.

85. La coopération s'est révélée particulièrement fructueuse au stade de la prise de mesures correctives. Les avantages de la coordination dans ce domaine sont manifestes dans les situations où la fusion envisagée entraîne des effets anticoncurrentiels dans plus d'un pays, puisqu'elle permet de s'assurer qu'une mesure corrective imposée par un pays n'affecte pas défavorablement l'aptitude d'un autre pays à obtenir également des mesures efficaces. La coopération internationale n'en est toutefois pas encore arrivée au point où un pays donné participe officiellement à la phase de la mise en application dans un autre pays. Les pays continuent de mener leurs enquêtes et de prendre leurs propres décisions en matière d'application dans toutes les affaires.

86. Comme on l'a vu, les contraintes qui limitent la divulgation d'informations commerciales confidentielles auxquelles se heurtent presque toutes les autorités nationales de la concurrence peuvent dans une large mesure empêcher les autorités de coopérer entre elles. On a constaté que la coopération substantielle entre les autorités de la concurrence est possible dans la plupart des affaires moyennant le simple consentement des parties aux fusions. Les parties aux fusions acceptent de plus en plus à renoncer à l'exigence de confidentialité. Elles admettent qu'il peut être dans leur intérêt de le faire afin d'accélérer et de simplifier le processus d'enquête et de faire en sorte que les pays qui examinent des transactions ne parviennent pas à des résultats incohérents. Les milieux d'affaires se montrent toutefois encore prudents à l'égard des renoncements à la confidentialité et se disent préoccupés par la divulgation indue « en aval » d'informations commerciales sensibles.

87. L'étude de l'OCDE a mis en évidence un autre aspect important de la coopération internationale dans les enquêtes sur les fusions transnationales, à savoir que cette coopération est inégale selon les pays. Les répondants ont indiqué qu'ils avaient intérêt à étendre leurs relations en matière de coopération mais on constate que jusqu'à présent, ces relations ont tendance à se nouer entre les pays qui mènent plus fréquemment des enquêtes sur une même fusion et qui ont d'importants intérêts en commun. Ce type de relation de coopération est déjà instauré entre les Etats-Unis et le Canada, les Etats-Unis et la Commission européenne et les Etats membres de l'UE et l'Australie et la Nouvelle-Zélande, par exemple. Ce phénomène soulève des problèmes pour les pays qui ne sont pas parties aux dispositifs afférents examinés de façon plus détaillée ci-après.

4.2.5 *Ententes internationales*

88. L'étude réalisée par le Comité de la concurrence sur la coopération dans le cadre des enquêtes sur les ententes internationales révèle l'existence d'une situation similaire mais aucunement identique à celle qui prévaut dans le cas des fusions transnationales. La coopération aux enquêtes sur les ententes est de plus en plus courante ; elle prend le plus souvent la forme de la coopération « informelle » – c'est-à-dire

d'échanges d'informations sur le processus de délibération entre les personnes chargées de traiter les dossiers, et concernant notamment les études de cas, les marchés affectés et les évaluations des témoins ; elle intervient surtout entre les pays qui ont noué des relations de travail étroites au fil du temps. Le contexte respectif des ententes et des fusions diffère toutefois sur un point important : le consentement des personnes qui font l'objet d'une enquête à faciliter l'échange d'informations confidentielles. Ce consentement fait presque toujours défaut dans les enquêtes sur les ententes, sauf lorsque ces personnes participent parallèlement à des programmes de clémence dans deux pays ou plus. Il est évident que les incitations à faciliter ces échanges d'informations sont très différentes selon qu'il s'agit d'une enquête sur une affaire de fusion ou d'une enquête sur une affaire d'entente.

89. Il en résulte, comme on l'a vu à la section 2 ci-dessus, que la coopération fructueuse dans ces enquêtes a jusqu'ici été limitée. La difficulté à laquelle sont confrontées les autorités de la concurrence est de trouver des moyens de coopérer efficacement aux enquêtes visant l'application du droit de la concurrence, ce que pourrait faciliter l'échange d'informations confidentielles sans le consentement des parties qui fournissent ces informations en prenant les précautions appropriées pour protéger la confidentialité. Ces échanges d'informations sont souvent possibles. Par exemple, certaines autorités de la concurrence peuvent échanger des informations confidentielles au titre de traités d'entraide judiciaire et d'autres accords d'assistance. La Commission européenne et les Etats membres de l'UE peuvent procéder à de tels échanges, de même que les Etats-Unis et l'Australie, en vertu d'un accord spécial entre ces deux pays. Les Etats-Unis ont fait état d'un certain nombre de cas de coopération fructueuse avec le Canada, l'UE et ses Etats membres et le Japon qui ont débouché sur l'obtention et l'échange d'informations. Le Danemark, l'Islande et la Norvège ont récemment conclu un accord permettant l'échange d'informations confidentielles et d'autres pays, comme la France, l'Irlande et le Royaume-Uni, ont récemment assoupli leur législation afin de permettre les échanges d'informations confidentielles dans certaines circonstances, même en l'absence d'accord bilatéral. Ces évolutions récentes marquent le début d'une coopération véritable, notamment en matière d'échange d'informations confidentielles entre les autorités de la concurrence dans le cadre des enquêtes sur les ententes, coopération qui, si elle n'est pas toujours possible, n'est toutefois plus inhabituelle.

90. Les milieux d'affaires estiment qu'il est absolument nécessaire de protéger les informations confidentielles. Ils sont très préoccupés par la protection des informations commerciales sensibles contre la divulgation non autorisée, de même que par la protection des droits liés au traitement équitable. Ils demandent notamment que les pays qui échangent des informations confidentielles aient un droit positif et des protections en matière de procédures et de confidentialité qui soient comparables ; ils demandent également que les informations soient échangées seulement dans les cas de non-conformité possible à la législation sur la concurrence du pays demandeur et que ce pays ait compétence sur les parties en cause ; que les privilèges conférés par le droit ne soient pas érodés dans le cadre de l'échange d'informations ; que les échanges d'informations n'affectent pas l'intégrité et la viabilité des programmes de clémence ; ils demandent enfin que lorsqu'un échange d'informations confidentielles est envisagé, les personnes concernées en soient prévenues au préalable et aient la possibilité de contester la divulgation des informations devant un arbitre indépendant.

91. Les autorités d'application du droit de la concurrence sont d'accord avec bon nombre de ces opinions mais estiment que certaines d'entre elles sont trop strictes, en particulier la proposition portant sur l'exigence de notification préalable. Le Comité de la concurrence est engagé dans des discussions permanentes avec les milieux d'affaires sur ces questions par l'intermédiaire du BIAC.

92. Un autre problème affecte l'aptitude des pays à échanger des informations dans le cadre des enquêtes sur les ententes. Il s'agit de l'exigence de stricte confidentialité qui s'applique aux informations fournies par les personnes qui demandent à participer à des programmes de clémence. (Les programmes de clémence sont abordés à la section 2 ci-dessus.) Tous les programmes de clémence réussis prévoient le

respect de la confidentialité, assurance sans laquelle les participants aux ententes seraient réticents à offrir leur coopération aux enquêteurs. Par conséquent, même si la protection de la confidentialité contribue pour beaucoup au succès des poursuites engagées à l'encontre des ententes dans les pays qui possèdent des programmes de clémence, elle empêche ces mêmes pays de coopérer avec d'autres pays. Le Comité de la concurrence examine ce problème et envisage d'encourager une plus grande coordination des programmes de clémence au plan international.

4.3 Questions qui se posent pour les pays en développement

93. Il est évident que la participation des pays en développement à l'exercice ponctuel de la coopération internationale est limitée. Ces pays sont par conséquent, comme on l'a vu, moins susceptibles de mener des poursuites fructueuses à l'encontre des ententes internationales et de bénéficier des renoncements à la confidentialité des parties à une fusion transnationale. Ce problème n'est pas facile à résoudre et nécessite l'attention de tous les pays.

94. Il va sans dire qu'un pays qui ne s'est pas doté d'une législation sur la concurrence ne peut pas bénéficier de la coopération avec les pays qui l'ont fait. Par conséquent, l'adoption d'une législation solide sur la concurrence est une étape indispensable en direction de la participation à la coopération internationale. Au plan pratique, toutefois, les pays en développement doivent faire plus qu'adopter une législation sur la concurrence. Ils doivent acquérir la réputation de mettre en œuvre cette loi de façon équitable et efficace. Il leur faut également mettre en place des procédures efficaces de protection des informations confidentielles, en conformité avec les normes internationales. Les parties privées, tout comme les autorités de la concurrence des autres pays, sont plus disposées à partager des informations ne relevant pas du domaine public avec des autorités auxquelles elles font confiance à cet égard.

95. Le fardeau ne pèse toutefois pas seulement sur les pays en développement. Les pays développés doivent rechercher des moyens d'accroître leurs efforts de coopération avec leurs contreparties étrangères, qu'il s'agisse de pays développés ou de pays en développement. C'est là un thème qui alimente des discussions permanentes. En ce qui concerne celles qui se tiennent actuellement à l'OMC sur un éventuel cadre multilatéral sur la concurrence, il a été proposé que ce cadre comprenne des dispositions relatives à la coopération volontaire.³⁷ Le Comité de la concurrence de l'OCDE effectue des travaux sur les « meilleures pratiques » en matière de coopération internationale, et envisage d'intégrer les résultats de ses travaux dans les Recommandations du Conseil de l'OCDE, qui seraient mises à la disposition de tous.

96. Il importe toutefois de ne pas perdre de vue le contexte dans lequel s'exerce la coopération internationale ponctuelle. Comme on l'a vu, la coopération ponctuelle est de plus en plus répandue mais elle est encore limitée, même entre les pays développés. A court terme, les pays en développement pourraient par conséquent se concentrer davantage sur les restrictions internes à la concurrence, qui sont presque certainement plus préjudiciables aux consommateurs locaux que celles qui existent à l'étranger. A cet égard, il ne faudrait pas négliger l'importance que revêt pour les pays en développement le premier type de coopération, que nous appelons ici « coopération institutionnelle ». Ce type d'échange d'informations et de renforcement des capacités apportera des avantages immédiats plus nombreux aux pays où la législation sur la concurrence est récente. Il les aidera à mettre au point des lois et règlements solides et à instituer une autorité de la concurrence et un cadre judiciaire, ce qui se traduira par des avantages immédiats considérables pour les consommateurs locaux, tout en renforçant l'aptitude de l'autorité de la concurrence à coopérer au besoin avec ses contreparties à l'étranger.

5. Examen par les pairs et autres mécanismes de mise en conformité possibles dans le contexte du commerce et de la concurrence

97. Toute réflexion sur un cadre multilatéral pour la concurrence devra faire place au mécanisme de mise en conformité qui s'y appliquerait. Le choix de ce mécanisme est fonction des objectifs qui lui seront assignés. Le rôle que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC peut jouer à l'égard des problèmes de conformité liés à un cadre multilatéral de la concurrence est une question centrale de l'actuel débat. Les négociations relatives à un cadre multilatéral sur la concurrence attendent le « consensus explicite » auquel il est fait référence au paragraphe 23 de la Déclaration ministérielle de Doha, une condition qui doit être remplie avant que soient connus le contenu et les modalités des règles multilatérales. Il est toutefois utile, au présent stade, de rechercher activement un ensemble de mécanismes de mise en conformité qui seraient appropriés dans le contexte d'un cadre multilatéral sur la concurrence.

98. Les mécanismes de mise en conformité et/ou de règlement des différends comme la consultation, les bons offices, la conciliation et l'arbitrage sont souvent présents dans les accords commerciaux régionaux et sont suggérés ci-après dans le contexte d'un cadre multilatéral sur la concurrence. Ces différentes méthodes sont utilisées dans des contextes très différents de celui de l'OMC, et peuvent par exemple être appliqués dans les différends entre des parties privées et/ou des Etats et des parties privées. Malgré ces différences, il convient quand même de se demander si ces mécanismes pourraient être adaptés ou transposés dans le contexte d'un ensemble de règles multilatérales négociées au sein de l'OMC. Etant donné que l'Organe de règlement des différends de l'OMC a une compétence exclusive sur les affaires relevant des accords multilatéraux du système de l'OMC, la possibilité qu'il occupe une fonction *de jure* en matière de mise en conformité dans un cadre multilatéral sur la concurrence a été avancée. Ces mécanismes ne sont pas nécessairement mutuellement exclusifs ; de fait, une combinaison de deux méthodes ou plus est peut-être souhaitable.

99. L'examen par les pairs est une forme spécialisée de coopération considérée par plusieurs comme particulièrement susceptible d'être utile dans le contexte de l'application du droit de la concurrence au plan international. Il a donc été proposé qu'un cadre multilatéral sur la concurrence compte parmi ses éléments une procédure d'examen par les pairs des régimes d'application du droit de la concurrence des pays Membres. L'examen par les pairs est exposé brièvement ci-après. Premièrement, il est donné un aperçu des autres mécanismes de mise en conformité envisageables et de leurs implications pour un cadre multilatéral sur la concurrence. Le concept d'examen par les pairs est ensuite étudié de manière approfondie : description du concept, exposé des avantages qu'il présente du point de vue de la concurrence, et description des procédures d'examen par les pairs existant dans différents contextes, notamment dans celui de la politique de la concurrence dans les pays de l'OCDE. Enfin, certaines questions soulevées dans le contexte du commerce et de la concurrence sont mises en évidence.³⁸

5.1 *Aperçu des mécanismes de mise en conformité en place dans le contexte du commerce et de la concurrence*

5.1.1 *Mécanismes de consultation, de médiation et de conciliation*

100. Ces mécanismes font appel à des moyens volontaires non contraignants de règlement des différends. La consultation suppose des communications directes entre les parties afin qu'elles puissent parvenir à un règlement sur une base volontaire. Elle est presque toujours la première étape d'un mécanisme de règlement des différends. Les procédures de consultation sont largement utilisées dans le cadre des accords de l'OMC. Selon le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, les consultations doivent avoir lieu avant l'établissement d'un groupe spécial.³⁹ Il existe également des procédures de consultation spéciales dans d'autres mécanismes contenant des dispositions relatives à la concurrence.⁴⁰ Différents accords commerciaux régionaux, comme l'ALENA, l'APEC et l'Accord sur

l'Espace économique européen, prévoient également des procédures de consultation dans le contexte de la concurrence.⁴¹

101. La « médiation » et la « conciliation » concernent l'intervention d'une tierce partie neutre désignée avec le consentement mutuel des parties pour aider au règlement d'un différend. La conciliation est parfois considérée comme un type de médiation plus officielle ou relevant d'une mission. Le conciliateur peut jouer un rôle plus proactif qu'un médiateur. En général, les médiateurs et les conciliateurs n'ont pas de pouvoir de décision et leur rôle se borne à aider les parties à s'entendre. Le règlement d'un différend est volontaire mais dans certains cas peut être rendu exécutoire par enregistrement de l'entente auprès d'un tribunal, ou être officialisé par contrat. La *Recommandation révisée du Conseil sur la coopération entre pays Membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux* comporte une procédure relative à la consultation et à la conciliation. Lorsque la consultation ne débouche pas sur des résultats satisfaisants, les pays Membres peuvent accepter d'avoir recours aux bons offices du Comité de la concurrence pour les besoins de la conciliation.⁴² Ces procédures n'ont toutefois jamais été encore invoquées.

5.1.2 Arbitrage

102. L'arbitrage est un processus adjudicatif officiel au moyen duquel les parties à un différend soumettent l'affaire à une personne ou à un groupe spécial impartial qu'elles ont choisi. Les décisions d'arbitrage sont en générale exécutoires. Les règles de procédure pour l'arbitrage sont habituellement prescrites par la loi ou une instance arbitrale, bien que les parties puissent les modifier. L'arbitrage, qui est une formule de remplacement des litiges des systèmes des tribunaux, est très largement utilisé dans le règlement des différends commerciaux internationaux privés. Plus de 130 pays ont signé la Convention de 1958 des Nations Unis pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la « Convention de New York »). Il existe par ailleurs de nombreuses autres conventions d'arbitrage multilatérales et bilatérales. Par conséquent, les décisions d'arbitrage sont davantage reconnues que les décisions rendues par les tribunaux nationaux. L'arbitrage est en général plus rapide et moins onéreux que les litiges devant les tribunaux.

103. On retrouve des clauses d'arbitrage pour le règlement des différends dans de nombreux accords de libre-échange bilatéraux et multilatéraux,⁴³ et le recours au processus d'arbitrage est envisagé explicitement dans le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC. L'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends stipule que le recours à l'arbitrage est possible sous réserve du consentement mutuel de tous les membres et de leur notification préalable suffisante. Les décisions arbitrales doivent être notifiées à l'Organe de règlement des différends, au Conseil de même qu'au comité pertinent de l'OMC.

5.1.3 Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC

104. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends apparaît comme un mécanisme de mise en conformité possible pour un cadre multilatéral sur la concurrence. Les membres de l'OMC ont recours au mécanisme de règlement des différends lorsqu'ils estiment qu'un avantage qui devrait leur échoir en vertu d'un accord de l'OMC est invalidé ou diminué ou que la réalisation des objectifs d'un accord est empêchée. Il prévoit la constitution d'un groupe spécial d'experts en vue de parvenir au règlement des différends lorsque les consultations ont échoué. Un système de délai strict est imposé pour que le différend puisse être réglé rapidement. Les décisions du groupe spécial sont exécutoires et peuvent être portées en appel. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends prévoit également la compensation et la suspension des concessions en cas de non-conformité à ses décisions.

105. Le recours au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends soulève plusieurs questions. D'une part, on pourrait avancer que le mécanisme devrait s'appliquer à tous les accords de l'OMC et qu'en exclure un, en l'occurrence le cadre sur la concurrence, introduirait une incohérence fondamentale dans le système. D'autre part, certains estiment que l'application du droit de la concurrence est un domaine très spécialisé et que les membres habituels de l'Organe de règlement des différends ne seraient pas qualifiés pour rendre des décisions à cet égard, et certainement pas en ce qui concerne les problèmes d'application *de facto*, bien que les tenants d'un cadre multilatéral sur la concurrence n'envisagent que la conformité *de jure*. Se posent également des questions liées aux sanctions pour non-conformité aux décisions d'un groupe spécial ou d'une instance d'appel. En vertu des règles actuelles, une compensation est accordée à la partie plaignante, qui peut aussi imposer des mesures commerciales de rétorsion. Des mesures spécialisées seraient plus appropriées dans le contexte de la concurrence, ce qui introduirait une incohérence dans les procédures du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

5.2 *Le concept d'examen par les pairs dans le contexte de la concurrence*

106. Les principales questions que soulèverait la conception d'un mécanisme d'examen de la politique de la concurrence sont exposées ci-après. Dans le présent contexte, ces termes désignent simplement un système d'examen par les pairs dans un cadre multilatéral sur la concurrence et ne visent pas à désigner un modèle particulier.

107. L'examen par les pairs dans le contexte de l'action des pouvoirs publics est l'étude d'une activité gouvernementale particulière par un groupe de pairs – un comité d'experts d'autres pays ou d'organisations indépendantes. Tous les programmes d'examen par les pairs ont en commun certaines caractéristiques de base. Ils ont recours à un **secrétariat**, dont le rôle varie cependant selon le processus. Le secrétariat s'occupe au minimum d'organiser les réunions et d'assurer une continuité entre les examens. Les **membres** de l'organisation internationale sous les auspices de laquelle l'examen a lieu sont les pays appartenant à cette organisation. Ces pays fixent les **critères d'examen** – c'est-à-dire les critères qui servent à mesurer la performance des examinés. Ces critères peuvent être constitués de recommandations pratiques et de principes directeurs, d'indicateurs et de références spécifiques et de normes juridiques.

108. Le processus d'examen par les pairs comporte habituellement plusieurs stades. Le premier est le **stade de l'enquête**, au cours duquel un ou plusieurs experts représentant le comité d'examen recueillent des informations sur l'activité examinée. Si l'examen est effectué par une organisation internationale, comme l'OCDE ou l'OMC, l'enquête peut être menée par un ou plusieurs membres du secrétariat de l'organisation. Les enquêteurs effectuent habituellement une ou plusieurs missions dans le pays examiné. Ils rédigent ensuite un **rapport d'enquête** fondé sur les informations qu'ils ont recueillies et faisant appel à des **critères d'examen** définis d'avance. Vient ensuite le **stade de l'examen**, au cours duquel le comité d'experts, habituellement en séance plénière, mène avec la partie examinée des discussions qui forment la base du rapport d'enquête. Le comité peut désigner quelques **examineurs**, qui sont chargés de mener la plus grande partie de l'examen. Les autres membres du comité participent toutefois également à l'examen jusqu'à un certain point. Après l'examen, un **rapport définitif** est habituellement établi par les examineurs ou le secrétariat. Le rapport définitif est en général présenté à la partie examinée. Celle-ci présente des observations et des modifications, à caractère essentiellement factuel, après quoi un **rapport définitif révisé** est rédigé et habituellement publié.

109. Les examens par les pairs peuvent constituer un instrument utile dans le contexte de l'action des pouvoirs publics, et ce pour plusieurs raisons. Leur effet le plus direct est qu'ils favorisent une meilleure élaboration des politiques. La partie examinée fait l'objet d'une enquête et d'une analyse qui peuvent aboutir à la publication d'un rapport contenant des conclusions et des recommandations spécifiques. Ces examens informent les parties examinées et le public du pays concerné sur les meilleures pratiques internationales dans le domaine en question, et contribuent à faire en sorte que des réformes y soient

engagées. Les examens par les pairs entraînent d'autres avantages plus généraux. Ils contribuent en effet à favoriser la transparence. Les examens par les pairs et les rapports auxquels ils donnent lieu rendent transparentes les politiques gouvernementales qui n'étaient auparavant pas tellement bien comprises du grand public. Ces examens constituent un mécanisme de partage d'informations et des connaissances dont les bénéficiaires sont non seulement la partie ou le pays examiné, mais aussi les autres participants au processus. Les examens par les pairs peuvent constituer un instrument d'assistance technique et de renforcement des capacités pour les pays en développement. Enfin, le processus d'examen peut avec le temps aider à faire converger le droit et l'action des pouvoirs publics dans les différents pays.

110. L'examen par les pairs comporte certains inconvénients, notamment qu'il n'y a pas de mécanismes de mise en œuvre ou de mise en conformité associés au processus. La partie ou le pays examiné n'est pas tenu d'accepter les résultats de l'examen ou d'appliquer ses recommandations. Bien entendu, le caractère volontaire du processus constitue parfois également un certain avantage. Il permet l'échange de vues sur une base moins officielle et exempte de confrontation qui, à long terme, peut favoriser davantage le progrès dans le pays examiné que si les conclusions avaient force exécutoire. Les examens par les pairs ont pour inconvénient majeur de nécessiter d'importantes ressources. Chaque examen exige beaucoup de temps et est coûteux. L'organisme responsable ne peut par conséquent mener qu'un nombre limité d'examens et un pays donné ne sera que rarement examiné.

5.3 Examens par les pairs dans les organisations internationales – aperçu des approches

5.3.1 Mécanisme d'examen des politiques commerciales de l'OMC

111. Le Mécanisme d'examen des politiques commerciales (MEPC), qui est utilisé par l'OMC, a été créé en 1989. Il a « pour objet de contribuer à ce que tous les Membres respectent davantage les règles, disciplines et engagements définis dans les Accords commerciaux multilatéraux et, le cas échéant, dans les Accords commerciaux plurilatéraux, 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 ». ⁴⁴ Le MEPC sert à évaluer les politiques et pratiques commerciales de tous les Membres de l'OMC. Les procédures prévoient que les quatre Membres représentant la plus grande part du commerce mondial (actuellement, les Communautés européennes, les Etats-Unis, le Japon et le Canada) sont évalués tous les deux ans. Les 16 membres suivants par ordre d'importance sont évalués tous les quatre ans, et les autres tous les six ans. A la fin de 2002, le MEPC avait effectué quelque 170 examens, concernant plus de 100 pays.

112. Au début du processus, le Secrétariat de l'OMC remet un questionnaire détaillé au pays évalué et effectue une mission dans la capitale du pays afin de recueillir des informations. Le Secrétariat rédige ensuite un rapport qui contient normalement une « synthèse des observations » et quatre chapitres qui couvrent des aspects spécifiques de l'économie et du commerce du pays. Une première version du rapport est présentée au pays examiné, qui en vérifie le contenu factuel. Le Secrétariat revoit le rapport en tenant compte des observations et le termine sous sa propre autorité. La synthèse des observations n'est pas présentée aux pays Membres pour qu'ils la réexaminent, afin d'assurer le caractère indépendant du processus. Le Membre présente séparément une « déclaration de politique générale » qui, avec le rapport du Secrétariat, constitue la base de l'évaluation officielle.

113. Lors d'une réunion du MEPC, qui est ouverte à tous les membres de l'OMC, les représentants du Membre examiné font une déclaration, qui est suivie des observations des deux présentateurs choisis parmi les Membres. Tous les Membres peuvent ensuite formuler des observations. A la fin du débat, le Président clôt la réunion par un exposé succinct. Après la réunion, le rapport du Secrétariat et la déclaration de politique générale du Membre examiné sont publiés, ainsi que le compte rendu de la réunion et l'exposé succinct du Président. Il convient de noter que le rapport établi par le Secrétariat contient des observations

indépendantes, comme on l'a vu, mais que les procédures ne demandent pas que soient faites des recommandations officielles à l'intention des Membres examinés.

114. Le caractère exhaustif du processus associé au MEPC favorise la convergence et la transparence. Les examens sont considérés comme utiles pour l'assistance technique et le renforcement des capacités, surtout depuis que l'Organisation a commencé à mettre davantage l'accent sur l'évaluation des pays en développement. Au fil du temps, les rapports sont devenus plus analytiques et plus critiques, et influent davantage sur la convergence et l'élaboration de la politique. L'absence de recommandations officielles restreint toutefois la valeur des rapports sur ce dernier point. Il a également été noté que la présence et la participation des Membres aux réunions du MEPC laissent à désirer, probablement en raison du très grand nombre de réunions. Enfin, le processus du MEPC est limité au plan de la capacité. On a calculé que l'établissement d'un rapport du Secrétariat coûte 1.87 année-personne, dont 1.25 année-économiste. Ces coûts élevés et le nombre important de Membres de l'OMC font que la fréquence des évaluations est faible.

5.3.2 *Etudes économiques du Comité d'examen des situations économiques et des problèmes de développement de l'OCDE*

115. Le Comité d'examen des situations économiques et des problèmes de l'OCDE effectue à intervalles de douze à dix-huit mois des études économiques sur chacun des trente pays Membres de l'OCDE. Les principaux objectifs des études sont de favoriser une meilleure compréhension de la situation économique dans laquelle se trouvent les pays étudiés et des principales difficultés auxquelles ils se trouvent confrontés, d'étoffer le dialogue sur les politiques à suivre, tant au plan national qu'international, et de faire des recommandations pratiques afin d'améliorer la performance économique des pays concernés. Le processus suivi par le Comité d'examen des situations économiques et des problèmes de développement a de nombreuses caractéristiques en commun avec le MEPC. Le Secrétariat de l'OCDE remet un questionnaire détaillé au pays examiné, puis se rend sur le terrain pour recueillir des informations. Il établit ensuite un rapport préliminaire, qui constitue la base de l'examen effectué lors d'une réunion du Comité d'examen des situations économiques et des problèmes de développement. Lors de la réunion, une délégation du pays examiné répond aux questions des examinateurs et des autres pays Membres. Le rapport préliminaire est revu, après quoi la version définitive de l'étude est publiée.

116. Les études du Comité d'examen des situations économiques et des problèmes de développement sont considérées favorablement par les pays Membres. Elles sont annoncées dans les capitales des pays concernés ainsi que dans les médias locaux, et sont par conséquent réputées avoir sur les politiques économiques des pays Membres une influence réelle, bien que difficile à évaluer. Leur point fort réside dans l'analyse et les recommandations qu'elles renferment. La fréquence des études est relativement élevée et celles-ci incluent l'analyse de la réaction du pays concerné aux recommandations antérieures. Ces facteurs confèrent plus de rigueur au processus et contribuent avec le temps à favoriser les progrès. Comme les évaluations faites dans le cadre du MEPC, les études du Comité d'examen des situations économiques et des problèmes des pays sont toutefois onéreuses. On estime que chaque étude coûte 2.75 années - personnes dont 1.75 année-économiste.

5.3.3 *Autres examens par les pairs menés par des organisations internationales – FMI, Banque mondiale, OCDE et APEC*

117. Le Fonds monétaire international (FMI) surveille en permanence les politiques économiques et financières de ses 184 membres en réalisant des consultations annuelles auprès de chacun d'eux. Ces consultations, comme les mécanismes d'examen par les pairs décrits précédemment, ont recours aux missions du personnel, à des échanges de vues avec des représentants du pays examiné et à l'établissement d'un rapport analytique revu par le conseil d'administration du FMI, composé de vingt-quatre membres. Il

n'y a toutefois pas d'entretien oral officiel avec les représentants du pays membre. De plus, le FMI et la Banque mondiale mènent conjointement, depuis 1999, le Programme d'évaluation du secteur financier. Ce programme vise à aider les pays membres à renforcer leur système financier, et notamment leurs institutions financières, leurs marchés financiers et leurs systèmes de paiements. La participation est volontaire. Le Programme d'évaluation du secteur financier a recours à la plupart des procédures décrites pour les autres programmes. L'OCDE mène également des programmes d'examen par les pairs liés à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, ce que fait également la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC) en ce qui concerne les politiques commerciales et économiques de ses membres. La participation au processus de l'OCDE est requise par la Convention précitée tandis que la participation au programme de l'APEC se fait sur une base volontaire.

5.4 *Evaluations de la politique en matière de concurrence de l'OCDE*

118. En 1998, l'OCDE a entrepris un vaste programme de réforme de la réglementation dans le cadre duquel les pays Membres sont évalués au regard de nombreux facteurs affectant la « qualité de leur réglementation ». Tous les rapports qui sont produits dans le cadre de ce programme sont structurés de façon identique : ils comportent quatre chapitres thématiques, deux chapitres sectoriels et une conclusion dans laquelle sont formulées de soixante-dix à quatre-vingts recommandations à l'intention du pays examiné. L'un des chapitres thématiques examine la politique de la concurrence et sa mise en oeuvre. La participation au programme est volontaire. A la fin de 2003, vingt pays Membres auront été évalués.

119. Les examens de la politique de la concurrence sont menées de manière sensiblement similaire à celle des autres programmes d'examen par les pairs déjà décrits. Un expert du Secrétariat est désigné pour mener l'enquête et rédiger un rapport. Le processus débute par la remise d'un questionnaire détaillé au pays examiné, et l'expert effectue ensuite une visite sur place.

L'expert établit ensuite un rapport préliminaire en six points :

- « Fondements de la politique de la concurrence » : Cette section étudie le contexte et l'historique de la politique de la concurrence dans le pays évalué, notamment en ce qui a trait aux objectifs d'action contenus dans la législation sur la concurrence.
- « Questions de fond : contenu du droit de la concurrence » : Cette section décrit la mise en application dans le pays des éléments de fond du droit de la concurrence – accords restrictifs horizontaux et verticaux, abus de position dominante ou monopolisation, et contrôle des fusions. Elle fournit généralement quelques brèves descriptions d'affaires traitées par l'autorité de la concurrence.
- « Questions institutionnelles : structure et pratiques de mise en application ». Cette section traite de la structure et des pratiques de l'autorité de la concurrence du pays examiné et notamment de ses pouvoirs d'enquête et de mise en application, de sa charge de travail, de ses ressources et de ses pratiques à dimension internationale.
- « Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires particuliers ». Comme son titre l'indique, cette section décrit les exemptions générales de l'application du droit de la concurrence et les régimes propres à certains secteurs qui appliquent des règles particulières ou différentes.
- « Incitation à la prise en compte du facteur concurrence et régimes réglementaires particuliers ». Cette section décrit les activités de l'autorité de la concurrence en faveur des

la prise de décision prenant en compte le facteur concurrence dans d'autres aspects de l'action des pouvoirs publics.

- « Conclusion et politiques possibles ». Cette dernière section renferme les conclusions auxquelles est parvenu l'expert en se fondant sur les données concrètes exposées dans les sections précédentes et formule de sept à dix recommandations visant à apporter des améliorations dans des domaines spécifiques.

120. Le rapport préliminaire constitue la base de l'examen approfondi du pays concerné lors d'une réunion régulière du Comité de la concurrence. Une fois l'examen terminé, le Secrétariat revoit le rapport au besoin et le publie sous sa responsabilité. Le pays examiné n'a pas de droit de regard sur le contenu du rapport.

121. L'examen par les pairs de la politique de la concurrence présente l'avantage de déboucher sur la production d'un rapport à caractère ouvert et analytique, dont la dernière section comporte notamment des évaluations et des recommandations. Les évaluations orales sont détaillées et approfondies et les membres du Comité de la concurrence y participent activement. Les pays examinés disent apprécier les examens et indiquent que les rapports sont utiles dans les capitales pour la promotion des réformes nécessaires. Les examens de la politique de la concurrence nécessitent toutefois le recours à d'importantes ressources, bien qu'elles en exigent en moyenne moins que certains des autres processus d'examen par les pairs déjà décrits – c'est-à-dire trois mois de travail d'un cadre supérieur chacune. A la différence de certains des autres processus d'examen, il n'a toutefois pas été instauré de procédure de suivi systématique.

122. En 2003, le Comité de la concurrence a réalisé pour la première fois un examen par les pairs qui portait sur les autorités de la concurrence de pays non-membres. En février 2003, l'Afrique du Sud a été examinée à l'occasion d'une réunion du Forum mondial sur la concurrence et en avril 2003, le Chili a été examiné dans le cadre d'une conférence qui s'est tenue sous les auspices conjoints de l'OCDE et de la Banque interaméricaine de développement. La Russie et Israël se sont portés volontaires pour un examen qui sera réalisé dans l'avenir. Les examens de pays non-membres sont toutefois soumis à des contraintes de ressources. Leur financement est actuellement assuré par des sources extérieures.

5.5 Examen par les pairs dans un cadre multilatéral sur la concurrence

123. L'examen par les pairs pourrait constituer une composante importante d'un cadre multilatéral sur la concurrence. Que ce cadre comprenne ou non un mécanisme de mise en conformité plus officiel, le processus d'examen par les pairs pourrait avoir un effet positif distinct en favorisant une convergence « douce », et pourrait se révéler très utile pour l'assistance technique lorsque le pays examiné est un pays en développement. De nombreux autres problèmes devraient toutefois être résolus dans le cadre de l'élaboration du processus dans le contexte du commerce et de la concurrence :

- Fréquence des évaluations. Une fréquence plus grande serait évidemment souhaitable mais d'importantes contraintes de ressources sont à prendre en compte. Le modèle du Mécanisme d'examen des politiques commerciales a-t-il son utilité, en d'autres termes, est-il pertinent que certains pays soient examinés plus souvent que d'autres, compte tenu de certains critères ?
- Révision des critères/des thèmes abordés. Les examens de la politique de la concurrence de l'OCDE peuvent fournir un bon modèle à cet égard, mais il pourrait y avoir d'autres critères pertinents dans le contexte du commerce et de la concurrence. Les critères suivants pourraient être ajoutés :

- Questions de fond – contenu du droit de la concurrence. Cette section pourrait vérifier si le pays a, dans son droit de la concurrence, des éléments de base comme des dispositions visant le contrôle des ententes horizontales et verticales, l’abus de position dominante et les fusions. Bien entendu, le champ d’application de ce critère pourrait être fonction de la portée du cadre multilatéral sur la concurrence lui-même – si le cadre multilatéral sur la concurrence ne s’applique qu’aux dispositions interdisant les ententes injustifiables, il faudrait se demander si ce critère d’évaluation devrait être plus détaillé.
 - « Questions institutionnelles - structure et pratiques de mise en application ». Ce critère pourrait comprendre l’évaluation de l’autonomie de l’autorité de la concurrence, de ses pouvoirs de mise en application, de ses processus et de ses activités, de ses instances d’évaluation et de ses ressources humaines et financières.
 - Compatibilité de la législation interne sur la concurrence avec les principes fondamentaux de l’OMC. Ces principes comprendraient probablement la transparence, l’équité en matière de procédure et la non-discrimination (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée).
 - Exclusions de l’application du droit de la concurrence – La prise en compte des exclusions comme critère accroîtrait la transparence, faciliterait la discussion de leur impact sur le commerce international et conduirait à la réduction appropriée de leur portée et de leurs incidences.⁴⁵
 - Accords de coopération entre l’autorité nationale de la concurrence et ses contreparties étrangères. Cela pourrait comprendre l’examen de la coopération par le biais d’accords bilatéraux et multilatéraux ainsi que de la coopération ponctuelle. Plus précisément, les procédures de notification et de consultation et l’application des principes de courtoisie pourraient être étudiées.
 - Pratiques commerciales anticoncurrentielles qui réduisent le bien-être des consommateurs et l’accès au marché.
 - Sensibilisation à une réforme favorisant la concurrence. Activités de sensibilisation autres que la mise en application menées par l’autorité de la concurrence, comme la présentation des objectifs de la concurrence au moyen de discours, d’information du public et de témoignages devant des comités législatifs. L’inclusion de ces activités dans les critères d’évaluation permettrait peut-être aux autorités de la concurrence d’approfondir leurs connaissances en ce qui concerne les moyens de sensibilisation les plus efficaces.
 - Homogénéité et cohérence des mesures de la concurrence au regard des objectifs d’action affirmés par le pays Membre. Il s’agit d’un critère neutre permettant aux Membres de choisir leurs propres stratégies en matière de concurrence.
- Caractère directif des évaluations – bien-fondé des conclusions et des recommandations spécifiques. Les suggestions et les critiques sont-elles appropriées et quel contrôle le pays examiné pourrait-il, le cas échéant, exercer à leur égard ? Devrait-il y avoir des critères différents pour les pays développés et les pays en développement ? Serait-il indiqué d’adopter un système d’évaluations quantitatives ?
 - Composition du groupe de pairs. Devrait-il comprendre des représentants des autorités de la concurrence et des milieux d’affaires ? Des représentants de la société civile, notamment des

ONG, devraient-ils être autorisés à participer au processus d'une quelconque manière ?

- Les évaluations doivent-elles se faire sur une base volontaire ou devraient-elles être obligatoires ?
- Intégration dans des mécanismes existants : un mécanisme d'examen de la politique de la concurrence distinct du Mécanisme d'examen des politiques commerciales permettrait d'utiliser différents processus et méthodes et de tenir compte des différents besoins des deux domaines. Par ailleurs, un mécanisme d'examen de la politique de la concurrence qui serait axé sur les effets des politiques de la concurrence des pays Membres sur le commerce pourrait être intégré au cadre du Mécanisme d'examen des politiques commerciales. Il en résulterait un système d'examen cohérent et uniforme et une visibilité accrue des liens entre les politiques des pays Membres en matière de commerce et de concurrence.

6. Renforcement des capacités et renforcement progressif des institutions de la concurrence

124. Au paragraphe 24 de la Déclaration de Doha, les ministres reconnaissent « les besoins des pays en développement et des pays les moins avancés en ce qui concerne un soutien accru pour une assistance technique et un renforcement des capacités » dans le domaine de la politique de la concurrence. Le paragraphe 25 fait état du « soutien en faveur du renforcement progressif des institutions chargées de la concurrence dans les pays en développement au moyen du renforcement des capacités. » La présente section étudie les aspects connexes du renforcement des capacités et de l'assistance technique. Elle traite brièvement de la relation entre la politique de la concurrence et le développement, puis des composantes d'une politique de la concurrence efficace, et aborde ensuite les modalités de l'assistance technique dans le cadre de la politique de la concurrence, et décrit les résultats d'une étude récente de l'OCDE sur les pays prestataires et bénéficiaires d'assistance technique.⁴⁶

6.1 Politique de la concurrence et développement

125. La politique de la concurrence et le développement économique sont étroitement liés. A l'évidence, l'accroissement des niveaux de la concurrence se traduit par une amélioration de la croissance économique, de la productivité et de l'investissement et l'élévation du niveau de vie. Selon une étude détaillée de l'OCDE, les réformes réglementaires qui visent la suppression de la réglementation superflue et inefficace, la libéralisation des marchés et l'appui de la concurrence accroissent la productivité, font baisser les prix, et suppriment les pénuries, tout en stimulant l'innovation et en offrant un plus grand choix aux consommateurs et, au bout du compte, font augmenter le PIB.⁴⁷ Des travaux plus récents de l'OCDE ont mis en évidence « des liens empiriques entre une concurrence dynamique sur les marchés des biens et services et une amélioration des résultats en matière de productivité et d'emploi. » Une concurrence plus vive conduit à des gains de productivité à la fois ponctuels et continus. De plus, « un renforcement de la concurrence sur les marchés de produits augmente les revenus totaux du travail. . . et améliore le fonctionnement du marché du travail. »⁴⁸ Les travaux présentés au Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC indiquent qu'une politique de la concurrence efficace favorise l'efficience et améliore le bien-être des consommateurs.⁴⁹

126. L'élaboration d'un droit et d'une politique de la concurrence constitue un élément important, sinon indispensable du processus de réforme économique des pays en développement. Elle ne doit pas se faire isolément, mais plutôt en relation avec d'autres réformes importantes, à la réussite desquelles elle contribue. Par exemple, un programme de privatisation réussi ne tiendrait pas si les monopoles publics étaient remplacés par des monopoles privés ou par des cartels. Un programme de réforme réglementaire qui a supprimé l'intervention inutile des pouvoirs publics échouerait si ces contraintes étaient remplacées par des contraintes exercées par le secteur privé. A cet égard, les différents éléments d'un programme

complet de réforme se renforcent mutuellement. Une politique de la concurrence efficace présente d'autres avantages pour les pays en développement. Elle peut renforcer le commerce – les exportateurs étrangers sont plus disposés à faire des affaires dans un pays doté d'une politique de la concurrence efficace et transparente – et peut contribuer à attirer l'investissement direct étranger.⁵⁰ Elle peut, enfin, permettre aux entreprises locales d'avoir accès à des produits dont les prix sont concurrentiels et, partant, de mieux rivaliser avec leurs concurrents étrangers au plan international et national.

6.2 *Elaborer une politique de la concurrence efficace*

127. L'élaboration d'une politique de la concurrence efficace dans les pays en développement nécessite trois éléments : 1) la création d'une culture de la concurrence, 2) la correction des distorsions structurelles et institutionnelles, et 3) la mise en place d'un mécanisme efficace de lutte contre le comportement anticoncurrentiel dans le secteur privé.

6.2.1 *Culture de la concurrence*

128. Les principaux acteurs d'une économie – responsables politiques, fonctionnaires, milieux d'affaires, syndicats, juristes, régulateurs sectoriels et autres, milieux universitaires et médias, doivent saisir les avantages qui résultent de la concurrence et lui apporter leur soutien. Sans ce soutien, le processus de transition vers les marchés concurrentiels sera moins assuré et risque de connaître des périodes de régression. Il se peut que certains éléments des milieux d'affaires solidement implantés ne souhaitent pas appuyer des changements qui pourraient rendre leurs position moins sûre. Il est toutefois possible de démontrer que la concurrence améliore la compétitivité des entreprises locales et les prépare à la mondialisation. Qui plus est, les entreprises sont elles-mêmes des victimes du comportement anticoncurrentiel, et parfois de façon disproportionnée. Les travailleurs craindront à bon droit la délocalisation qu'entraîne la libéralisation des marchés. Pour atténuer ces préoccupations, il faudrait souligner que l'ouverture des marchés entraînera la création d'un nombre d'emplois supérieur à celui des emplois supprimés. Il faudrait mettre en place des programmes d'assistance temporaire et de formation pour faciliter la mobilité de la main-d'oeuvre.

6.2.2 *Corriger les distorsions structurelles et institutionnelles*

129. Dans tous les pays, et notamment dans les pays en développement, les différents secteurs de l'économie sont caractérisés par des structures très concentrées non concurrentielles, parfois contrôlées par des entreprises publiques, et soumises à une réglementation mal adaptée à la situation et inefficace. Ces problèmes structurels et réglementaires doivent être résolus pour que la concurrence puisse s'épanouir. La privatisation est bien entendu une étape nécessaire dans les pays où de grands pans de l'économie sont placés sous le contrôle de l'Etat. Il est admis qu'elle doit être menée de manière à créer une structure qui favorise le plus possible la concurrence. Cela peut nécessiter la suppression des monopoles d'Etat s'il est peu probable qu'ils affronteront à court terme une forte concurrence provenant d'autres sources. Enfin, certains secteurs, notamment les industries d'infrastructure en réseau, comme les transports, les télécommunications et l'énergie, de même que les services financiers et professionnels, peuvent souffrir des séquelles de cette réglementation.

130. Comme on l'a vu, les travaux de l'OCDE sur la réforme de la réglementation ont montré que cette réforme apporte des avantages économiques mesurables.⁵¹ Une autre organisation, la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC), s'est également penchée sur cette question et a élaboré les *Principes de l'APEC relatifs à l'amélioration de la politique de la concurrence et de la réforme de la réglementation*.⁵² Ces principes encouragent les pays de l'APEC à considérer la concurrence comme fournissant un cadre unifié permettant d'évaluer et de réexaminer les politiques existantes et d'en élaborer de nouvelles.⁵³ Il est primordial à cet égard de réduire le plus possible le degré de distorsion de la

concurrence causée par la réglementation et les autres mesures imposées ou sanctionnées par l'Etat, dans le cadre des efforts visant à atteindre d'autres objectifs légitimes d'intérêt général.⁵⁴ L'autorité de la concurrence tient un rôle important dans ce processus de restructuration, car elle doit œuvrer en faveur de la concurrence. Elle se doit de militer pour l'introduction de bons principes de concurrence dans tous les aspects de la réforme de la réglementation.

6.2.3 *Empêcher le comportement anticoncurrentiel du secteur privé*

131. Le principal moyen d'atteindre cet objectif est bien entendu l'application effective du droit de la concurrence. Certains ont avancé qu'une législation sur la concurrence n'est pas nécessaire lorsque les obstacles au commerce extérieur et intérieur sont éliminés, mais l'opinion la plus répandue, qui a été confirmée lors des débats qui ont eu lieu à l'occasion du Forum mondial sur la concurrence organisé par l'OCDE en février 2003, est que l'ouverture au commerce ne suffit pas. De nombreux marchés sont par nature locaux et les importations n'y constituent pas un facteur déterminant. En outre, les initiatives de libéralisation ne suffisent pas à elles seules à mettre fin au comportement d'éviction des entreprises dominantes locales, aux fusions qui ont pour effet de créer des monopoles ou au comportement anticoncurrentiel des cartels internationaux.

132. Un système d'application efficace du droit de la concurrence comporte de nombreux aspects, de fond comme de procédure. La législation sur la concurrence doit reposer sur des critères logiques, prévisibles et rigoureux du point de vue économique. La responsabilité de l'application de la loi doit être confiée à une autorité de la concurrence autonome, appuyée par les pouvoirs publics et dotée des ressources appropriées. Cette autorité doit utiliser des procédures transparentes et équitables pour toutes les parties intéressées. Elle doit faire preuve de jugement et rendre rapidement ses décisions, lesquelles doivent pouvoir être réexaminées devant les tribunaux ou par un tribunal indépendant.

133. Il n'est pas facile d'atteindre ce niveau de performance, et les pays en développement se heurtent à des obstacles particulièrement difficiles à cet égard. Comme l'ont reconnu les ministres de l'OMC à Doha, la fourniture d'assistance technique par les pays qui ont plus d'expérience dans le domaine et par des organisations internationales est un élément important du processus.

6.3 *Assistance technique/renforcement des capacités*

134. L'assistance technique et le renforcement des capacités dans le contexte de la politique de la concurrence prennent diverses formes : conférences d'envergure auxquelles participent les hauts responsables et les décideurs de nombreux pays ; petits séminaires et ateliers de trois à cinq jours souvent organisés au niveau régional et auxquels assistent les responsables des dossiers et les cadres des autorités de la concurrence ; séjours allant de quelques semaines à quelques mois de conseillers des pays prestataires dans les bureaux des autorités de la concurrence des pays bénéficiaires ; stages effectués par un ou plusieurs responsables de la mise en œuvre d'un pays bénéficiaire dans les bureaux d'une autorité de la concurrence du pays prestataire ; consultations bilatérales de courte durée entre responsables d'un pays prestataire et d'un pays bénéficiaire ; examens par les pairs ; documents écrits et manuels recensant les « meilleures pratiques ».

135. Le Secrétariat de l'OCDE fournit depuis longtemps de l'assistance technique en matière de politique de la concurrence. Son programme a été lancé en 1991, peu après l'éclatement de l'Union soviétique. Dans les premières années, le programme s'adressait surtout aux pays en transition d'Europe de l'Est, d'Europe centrale et d'Asie centrale, mais il s'étend maintenant au monde entier. L'OCDE prodigue des conseils en matière de renforcement des capacités dans le cadre de séminaires et d'ateliers. Le séminaire avec étude de cas a jusqu'à présent été le principal outil du programme de renforcement des capacités de l'OCDE. Dans ces séminaires, les participants des pays bénéficiaires et des experts des pays

de l'OCDE débattent de cas réels présentés par les pays bénéficiaires et s'en servent pour illustrer différents aspects de l'analyse de la concurrence. Le fameux séminaire de Vienne, qui se tient depuis 1992, est le modèle de ces rencontres. Les responsables de la mise en œuvre de dix-huit pays bénéficiaires et de sept ou huit pays de l'OCDE, de même que le Secrétariat, participent à ce séminaire d'une durée de deux semaines. Le Secrétariat tente également de favoriser le renforcement des capacités en effectuant de courtes visites dans les pays bénéficiaires ou en fournissant des consultations à leurs responsables en rapport avec la rédaction de lois et règlements sur la concurrence. On remarque enfin un recours de plus en plus fréquent aux examens par les pairs et à des études approfondies de la politique de la concurrence adoptée par des pays choisis.

136. En 2001, l'OCDE a réalisé auprès des pays Membres et d'un groupe de pays bénéficiaires une enquête sur l'assistance technique dont les résultats sont intéressants. Les pays participants devaient remplir un questionnaire sur l'assistance technique qu'ils avaient reçue ou fournie ainsi que leurs besoins d'assistance technique, les types d'assistance qu'ils considéraient les plus utiles et les qualifications nécessaires pour les prestataires d'assistance technique.

137. Cette enquête a révélé que l'assistance technique liée à la mise en œuvre de la politique de la concurrence est très dynamique. Pendant une période de deux ans, plus de soixante-dix pays ont pu bénéficier d'un grand nombre de conférences, de séminaires, de visites de longue et de courte durée, de stages et de consultations. Chaque type d'assistance est considéré comme ayant des avantages et des inconvénients spécifiques. Les conférences de grande envergure et très médiatisées auxquelles participent des hauts responsables de plusieurs pays constituent un moyen utile et peu onéreux de communiquer le message fondamental déjà mentionné – l'importance et les avantages de la concurrence et la nécessité d'engager une réforme structurelle et de mettre en place un système vigoureux de mise en application du droit de la concurrence. Les séminaires et les ateliers permettent d'aborder des problèmes techniques de mise en application de la législation sur la concurrence et sont relativement efficaces étant donné que les responsables de plusieurs pays peuvent y assister.

138. Les pays bénéficiaires ont particulièrement apprécié l'assistance de longue durée fournie sur place par un ou plusieurs experts des pays prestataires. Cette formule permet aux experts d'acquérir une connaissance utile et pratique du contexte de mise en œuvre dans le pays bénéficiaire, et de fournir un avis plus pertinent. Tous les membres de l'autorité de la concurrence du pays bénéficiaire peuvent s'entretenir avec l'expert, ce qui n'est pas le cas lors des séminaires organisés à l'étranger, auxquels n'assistent qu'un seul ou très peu de représentants de l'autorité de la concurrence. Ce type d'assistance est toutefois onéreux pour le pays prestataire et n'est dispensé qu'à un seul pays à la fois. Enfin, la documentation, par exemple les manuels de meilleurs pratiques, est un moyen peu coûteux de fournir de l'assistance technique. Elle peut être fournie à une personne moyennant le simple coût de la reproduction et comparativement à l'impact parfois éphémère des formes d'assistance fournies individuellement, elle offre des avantages à long terme. Il est évident que la documentation est plus utile lorsqu'elle est fournie dans la langue du pays bénéficiaire, mais sa traduction en augmente le coût.

139. Dans le cadre de cette enquête, il était demandé aux répondants de donner leur opinion sur les qualifications que devaient posséder les prestataires d'assistance technique. D'après les réponses, les prestataires d'assistance technique doivent posséder de l'expérience en matière d'application du droit de la concurrence et si possible dans celui de la prestation d'assistance à un pays dont l'économie, la culture et le système juridique sont différents de ceux de leur pays. Les experts qui n'ont pas d'expérience de la coopération extérieure risquent d'interpréter les lois, les affaires, les déclarations et les questions de façon logique mais non adaptée à la situation. En général, les responsables des autorités de la concurrence des pays prestataires sont considérés comme plus qualifiés que les experts du secteur privé qui n'ont pas acquis d'expérience en matière d'application, bien que les représentants du secteur privé complètent avantageusement les ressources des autorités de la concurrence et peuvent apporter, dans des domaines

spécifiques, un savoir-faire que ne possèdent peut-être pas certains responsables de la concurrence. Les pays bénéficiaires de l'assistance technique ont indiqué que les pays prestataires devraient adapter leurs conseils à la situation spécifique de chaque pays bénéficiaire et s'efforcer de ne pas imposer leur système sans prendre pleinement en compte le contexte local.

140. Il était également demandé de porter une évaluation de la coopération internationale en matière de fourniture d'assistance technique. Les répondants ont indiqué que la coopération entre les pays prestataires est limitée. Les autorités de la concurrence des différents pays envoient toutefois souvent des experts participer à des groupes spéciaux dans le cadre des conférences ou des séminaires organisés sous les auspices des organisations internationales. La coopération est relativement plus grande entre les organisations qui fournissent de l'assistance technique et des conseils en matière de renforcement des capacités, comme l'OCDE, la CNUCED, l'OMC et la Banque mondiale et différentes organisations régionales comme l'APEC et les banques de développement régional. Ces organisations se tiennent mutuellement informées de leurs programmes et des manifestations qu'elles organisent et qu'elles parrainent, et auxquelles elles participent parfois conjointement. Les pays et les organisations prestataires souhaitent améliorer la coordination dans ce domaine afin d'éviter le double emploi et pour que les ressources disponibles soient utilisés le plus efficacement possible. Il existe différents modèles qui permettraient d'accroître cette coordination, dont certains nécessiteraient une plus grande planification centrale et seraient donc difficiles à mettre en oeuvre. Il est peut-être envisageable, au moins, d'introduire un système plus régularisé d'échange d'informations sur les activités des nombreux pays prestataires.

141. Il y a bien un échange actif d'assistance technique entre les pays, mais les pays bénéficiaires demandent que cet échange s'intensifie. Les pays qui travaillent actuellement à la rédaction de leur législation sur la concurrence ont indiqué qu'ils auraient besoin d'assistance. Il est intéressant de noter que quelques pays ayant un peu plus d'expérience ont également exprimé le souhait de recevoir une assistance à la rédaction d'amendements ou de lois annexes. Certains pays, en majorité ceux qui n'ont pas encore élaboré de législation sur la concurrence, souhaiteraient une assistance portant sur la conception des institutions qui seront chargées de la mise en oeuvre de la législation. D'autres pays ont mentionné qu'ils attachaient de l'importance à la sensibilisation à la concurrence. Tous les pays qui ont répondu au questionnaire ont mentionné un besoin d'assistance dans le domaine de la mise en oeuvre de la législation. Ils ont précisé que leurs besoins sont davantage d'ordre pratique – traitement et analyse de cas – que théorique – théorie économique et droit comparatif.

142. Les pays prestataires sont toutefois confrontés à des contraintes de ressources. Le financement de l'assistance technique dans le cadre de la politique de la concurrence entre souvent en conflit avec celui d'autres projets de développement. Les répondants ont suggéré que les autorités de la concurrence et les autres parties prenantes dans ce domaine s'emploient davantage à sensibiliser les décideurs de leurs gouvernements respectifs à l'importance de l'assistance en matière de mise en oeuvre de la politique de la concurrence. En plus de consacrer des efforts à l'augmentation du financement de cette activité, les prestataires se doivent d'utiliser les ressources dont ils disposent avec le maximum d'efficacité. Cela soulève encore une fois la nécessité d'améliorer la coordination entre les prestataires.

NOTES

1. Paragraphe 23.
2. Paragraphe 24.
3. Paragraphe 25.
4. Ces questions sont traitées plus en détail dans OCDE, « *Principes fondamentaux* » dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence (COM/DAFFE/TD(2002)49/FINAL) ; OCDE, *Principes fondamentaux de non-discrimination, de transparence et d'équité en matière de procédure dans un cadre multilatéral sur la concurrence* (COM/DAFFE/TD(2003)7/REV1).
5. Article XVII(1).
6. Les Membres peuvent maintenir des limitations concernant le traitement national dans les secteurs où des engagements spécifiques ont été pris, à la condition que ces limitations soient précisées dans la liste.
7. Article 3(1).
8. Article II(1).
9. Voir WT/WGTCP/W/222(2002), par. 17.
10. Article X(1).
11. Article IIIbis.
12. Article 63(4).
13. Voir OCDE, *Antitrust and Market Access: The Scope and Coverage of Competition Laws and Implications for Trade* (le« rapport Hawk »), 1996 ; OMC, *Exceptions, exemptions et exclusions figurant dans la législation nationale des Membres en matière de concurrence* (WT/WGTCP/W172), 2001 ; Khemani, *Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions*, UNCTAD/DITC/CLP/misc.25, 2002.
14. Voir, par exemple, l'article X(3).
15. Voir, par exemple, l'article VI.
16. Voir, par exemple, les articles 41, 42 et 62. Pour une approche plus générale, voir COM/DAFFE/TD(2002)81, annexe A, partie 4.1.
17. GATT article X(1); AGCS article IIIbis; accord sur les ADPIC, article 63(4).

18. Dans le présent document, les termes « pays en développement » renvoient aussi aux pays à économie dirigée actuellement en transition, sauf lorsqu'il est évident que le contexte indique autre chose.
19. OCDE, *Application de la recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables : deuxième rapport du Comité de la concurrence*, 2003 (C(2003)31).
20. Les ententes internationales peuvent prendre la forme d'« ententes à l'exportation » que l'on peut définir comme des accords entre concurrents qui n'affectent que les exportations et qui sont exclus de l'application de la législation sur la concurrence par une loi ou un règlement spécifique. Différents points de vue existent sur l'effet de ces accords (voir au paragraphe 11 ci-dessus.) Quoi qu'il en soit, aucune des ententes internationales ayant récemment fait l'objet de poursuites n'était une entente à l'exportation du type défini ci-dessus. En d'autres termes, aucune n'était autorisée en vertu de la législation interne sur les ententes à l'exportation, et toutes étaient passibles de poursuites dans le ou les pays où elles avaient été constituées. Il est évident que les ententes qui ne sont pas des ententes à l'exportation sont les plus répandues et les plus préjudiciables de la catégorie des ententes internationales.
21. Levenstein, Suslow (2001) *Background Paper for the World Bank's World Development Report 2001 « Private International Cartels and Their Effect on Developing Countries. »* Ces ententes étaient relativement peu nombreuses et ne comprenaient que celles qui avaient été découvertes et avaient fait l'objet de poursuites. Il ne fait pas de doute qu'il existait d'autres ententes non découvertes et qui avaient des effets similaires.
22. Ibid. Mais elles peuvent avoir un effet compensateur, en fournissant un prix « général » susceptible d'attirer les nouveaux entrants.
23. La Commission européenne a engagé des poursuites à l'encontre de ces ententes pour le compte des l'ensemble des Etats membres de l'UE.
24. Pour un traitement plus approfondi de ces questions, voir OCDE, *Le rôle du traitement spécial et différencié à l'interface des échanges, de la concurrence et du développement*, (COM/TD/DAFE/CLP(2001)21/FINAL).
25. Il n'existait pas alors, pas plus qu'aujourd'hui, dans le cadre de l'OMC, une définition officielle de ce qui constitue un « pays en développement ». Les parties contractantes peuvent déterminer elles-mêmes la catégorie à laquelle elles appartiennent. D'autres Membres peuvent contester le statut de pays en développement, ce qui peut conduire à des négociations pour préciser la situation. Le statut des pays qui ont accédé à l'OMC après sa création en 1995 est discuté au cours des négociations d'accession.
26. Des dispositions additionnelles stipulées relativement à ces cinq groupes concernent spécifiquement les pays les moins avancés : OMC, *Mise en œuvre des dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords et décisions de l'OMC*, note du Secrétariat, 2000, WT/COMTD/W/77/REV1
27. L'OMC désigne les pays les moins avancés en se fondant sur la liste officielle des Nations Unies, qui compte 49 au total, dont 29 sont Membres de l'OMC.
28. Voir OMC, Communication de Trinité-et-Tobago, *Progressivité et flexibilité dans l'élaboration d'un régime relatif à la concurrence*, 10 septembre 2001 (WT/WGTCP/W/179).
29. La Thaïlande, l'Afrique du Sud, le Maroc, l'Indonésie et Cuba.
30. Voir, par exemple, OCDE (2001), *Echanges et développement : les enjeux*.
31. Certaines de ces questions sont analysées de manière plus approfondie dans OCDE, *Modalités d'une coopération volontaire* (2002), communication présentée au Groupe de travail de l'interaction du

- commerce et de la politique de la concurrence (WT/WGTCP/W/208) ; OCDE, *Application de la recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables : deuxième rapport du Comité de la concurrence*, 2003 (C(2003)31).
32. *Recommandation révisée du Conseil sur la coopération entre pays Membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux* (C(95)130/FINAL).
33. Paragraphe A(1).
34. Paragraphe A(3).
35. Paragraphe A(2).
36. Le Comité du droit et de la politique de la concurrence a étudié séparément le concept de courtoisie active et publié en 1999 un rapport : OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie positive*, 1999 (DAFFE/CLP(99)19).
37. Voir, par exemple, OMC, Modalités d'une coopération volontaire, note de référence du Secrétariat, WT/WGTCP/W/192 (2002).
38. Pour un traitement plus exhaustif de ces questions, voir OCDE, *An Overview of Possible Compliance Mechanisms in a Multilateral Framework on Competition* (COM/DAFFE/TD(2003)2/REV1) ; OCDE, *Peer Review: Merits and approaches in a Trade and Competition Context*, (COM/TD/DAFFE/COMP(2002)4/FINAL) ; OCDE, *Modalités pratiques des examens par les pairs dans un cadre multilatéral sur la concurrence*, COM/DAFFE/TD(2003)82/FINAL.
39. Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, article 5.
40. Par exemple, article IX de l'AGCS et article 40(3) de l'Accord sur les ADPIC.
41. OCDE, *Regional Trade Agreements and the Multilateral Trading System*, chapitre 4, Paris, 2002 (TD/TC(2002)8/FINAL).
42. C(95)130/FINAL, 27-28 juillet 1995, Partie 1B et annexe par. 12.
43. Par exemple, ALENA, chapitre 11 et Accord sur l'EEE, article 111(4) et protocole 33).
44. Accord de Marrakesh, annexe 3.
45. Bercero, I. et Amarasingha, S. (2001), « Moving the Trade and Competition Debate Forward », *Journal of International Economic Law*, p. 493.
46. Pour un examen plus détaillé de ces questions, voir OCDE, *Capacity Building for Effective Competition Policy in Developing and Transitioning Economies*, document présenté au Groupe intergouvernemental d'experts sur le droit et la politique de la concurrence de la CNUCED ; OCDE, *Review of Technical Assistance Programmes by OECD member Countries and the OECD Secretariat*, document présenté au Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence.
47. OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation : rapport de synthèse* (1997).
48. OCDE, *Perspectives économiques de l'OCDE*, n° 72, vol. 2002/2 ch. VI.
49. OMC, *Document de synthèse sur le rapport du commerce et de la politique de la concurrence avec le développement et la croissance économique*, 1998 (WT/WGTCP/W/80).

50. Ibid.
51. Le site web de l'OCDE présente une description détaillée du projet de réforme de la réglementation, ainsi que les nombreux rapports qui ont été publiés à ce sujet : <http://www.oecd.org/EN/home/0,,EN-home-2-nodirectorate-no-no--2,00.html>.
52. Voir le site <http://www.dfait-maeci.gc.ca/trade/canada-apec/principles-e.asp>.
53. Supra, note 6, point 5.
54. Id., note 6.