

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

**POLITIQUE DE LA CONCURRENCE, COMMERCE ET ÉCONOMIE
MONDIALE : ÉLÉMENTS FIGURANT DANS LES ACCORDS DE L'OMC
EXISTANTS, ENGAGEMENTS CONTENUS DANS LES ACCORDS
COMMERCIAUX RÉGIONAUX, DÉFIS ACTUELS ET AXES DE RÉFLEXION**

- Note de Robert D. Anderson, William E. Kovacic, Anna Caroline Müller et Nadezhda Sporysheva -

5 décembre 2019

Ce document rédigé par Robert D. Anderson, William E. Kovacic, Anna Caroline Müller et Nadezhda Sporysheva est une note en vue de la session II du 18ème Forum mondial sur la concurrence tenu les 5 et 6 décembre 2019.

Les opinions et les arguments exprimés ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur oe.cd/accom.

Veuillez contacter Mme Federica Maiorano [E-mail: Federica.Maiorano@oecd.org] et Mme Lynn Robertson [E-mail: Lynn.Robertson@oecd.org], si vous avez des questions sur ce document.

JT03456349

Politique de la concurrence, commerce et économie mondiale : Éléments figurant dans les accords de l'OMC existants, engagements contenus dans les accords commerciaux régionaux, défis actuels et axes de réflexion

**- Robert D. Anderson, William E. Kovacic,
Anna Caroline Müller et Nadezhda Sporysheva * -**

La politique de la concurrence est désormais une composante essentielle du cadre juridique et institutionnel dans lequel fonctionne l'économie mondiale. Alors que les pratiques anticoncurrentielles étaient autrefois principalement analysées comme un phénomène national, désormais, de nombreux aspects de l'application du droit de la concurrence comportent une importante dimension internationale.

Les efforts déployés pour parvenir à un accord général sur la politique de la concurrence dans le cadre du système commercial multilatéral sont jusqu'à présent restés infructueux. Le Groupe de travail de l'OMC chargé de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, qui a conduit des travaux de 1997 à 2003 et a examiné l'opportunité de conclure un accord plus général sur la politique de la concurrence dans le cadre de l'OMC, n'a plus d'activité depuis 2004. Néanmoins, des dispositions relatives à la politique de la concurrence figurent dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), l'Accord (plurilatéral) sur les marchés publics (AMP) et autres instruments de l'OMC. De même, alors qu'en 1997, lorsque le Groupe de travail a commencé ses travaux, une cinquantaine d'économies seulement avaient adopté une législation nationale en matière de concurrence, aujourd'hui, plus de 130 pays membres de l'OMC en sont dotés.

* Anderson : Professeur honoraire, faculté de droit, Université de Nottingham, Royaume-Uni ; membre externe, World Trade Institute, Université de Berne, Suisse ; membre externe, Public Procurement Management Program, Université Tor Vergata de Rome. Kovacic : Professeur de droit et directeur du Competition Law Center, faculté de droit de l'Université George Washington ; professeur invité, faculté de droit Dickson Poon, King's College London ; administrateur non exécutif de la Competition and Markets Authority (Royaume-Uni). Müller : responsable des affaires juridiques, division de la propriété intellectuelle, des marchés publics et de la concurrence, Secrétariat de l'OMC. Sporysheva : chargée d'analyse juridique/économique, division de la propriété intellectuelle, des marchés publics et de la concurrence, Secrétariat de l'OMC. Les échanges avec Antony Taubman et Teresa Moreira ont été particulièrement appréciés. Les auteurs ont rédigé ce document à titre strictement personnel. Les vues qu'ils y expriment ne sauraient être attribuées à l'OMC ou à un quelconque autre organisme auquel ils pourraient être rattachés.

Autre signe de la reconnaissance et de l'acceptation du rôle de la politique de la concurrence : le nombre croissant d'engagements ou de références à des engagements en matière de concurrence dans les protocoles d'accession à respecter par les nouveaux membres de l'OMC et dans les travaux de l'Organe d'examen des politiques commerciales (OEPC) et du Conseil des ADPIC, qui s'intéressent également aux évolutions de la politique de la concurrence. En outre, des chapitres complets sur la politique de la concurrence sont désormais inclus dans de nombreux accords commerciaux régionaux (ACR) liant divers pays développés ou en développement du globe.

Ces dispositions révèlent également, à tout le moins sur le plan des principes, une forte convergence quant à la conception de la manière de définir la politique de la concurrence dans le contexte des accords commerciaux internationaux. Elles constituent donc un point de départ idéal pour établir un état des lieux au niveau multilatéral, voire pour formuler un modèle qui pourrait servir de référence dans ce domaine.

Parallèlement, certains aspects de l'application du droit de la concurrence et de la politique de la concurrence qui ont une incidence sur l'économie mondiale suscitent un intérêt croissant dans les enceintes internationales. La présente contribution repose sur l'idée qu'il existe des synergies importantes entre le commerce et la politique de la concurrence et qu'il faut le reconnaître. Les activités menées par le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence entre 1997 et 2003, de même que le travail colossal accompli (à l'époque et depuis lors) au sein du RIC, de l'OCDE, de la CNUCED et d'autres organisations, constituent sans nul doute une base solide pour examiner ces aspects. Bien qu'aucun consensus ne se soit dégagé à l'époque sur la nécessité de parvenir à un accord plus général sur la politique de la concurrence au sein de l'OMC, et même si le Groupe de travail de l'OMC est actuellement « inactif », ce groupe continue d'exister et pourrait servir d'espace de réflexion sur ces questions si les membres de l'OMC estiment que c'est utile et opportun. Les questions et évolutions examinées ici sont à l'évidence complexes et toute initiative dans ce domaine exige réflexion.

Table des matières

Politique de la concurrence, commerce et économie mondiale : Éléments figurant dans les accords de l'OMC existants, engagements contenus dans les accords commerciaux régionaux, défis actuels et axes de réflexion - Robert D. Anderson, William E. Kovacic, Anna Caroline Müller et Nadezhda Sporysheva* -	2
1. Introduction	5
2. La politique de la concurrence au sein de l'OMC : éléments existants, débats actuels et anciens	9
2.1. Travaux du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence (1997 – 2003) : le Groupe de travail était-il en avance sur son temps ?	10
2.2. Politique de la concurrence et accords de l'OMC existants	13
2.3. Politique de la concurrence et travaux actuels de l'OMC.....	17
3. Le traitement de la politique de la concurrence dans les accords commerciaux régionaux : une autre preuve de la complémentarité des politiques	22
3.1. Objectifs des dispositions relatives à la concurrence contenues dans les ACR	24
3.2. Approches régionales du traitement de la politique de la concurrence dans les ACR	24
3.3. Tour d'horizon des dispositions sur la politique de la concurrence contenues dans les ACR	29
3.3.1. Importance de l'adoption ou du maintien en vigueur de lois sur la concurrence et de la création d'autorités de la concurrence	29
3.3.2. Pratiques anticoncurrentielles et « principes horizontaux » pris en compte dans les ACR	31
3.3.3. Coopération régionale en matière de politique de la concurrence	32
3.3.4. Applicabilité des chapitres sur la politique de la concurrence contenus dans les ACR	32
3.3.5. Réglementation des monopoles désignés et des entreprises publiques.....	33
4. Difficultés auxquelles se heurte la politique de la concurrence dans l'économie mondiale et perspectives	34
5. Conclusion.....	40

Graphiques

Graphique 1. Traitement de la politique de la concurrence dans les ACR (1958 – 2019).....	23
Graphique 2. Inclusion de chapitres sur la concurrence aux XX^e et XXI^e siècles (en pourcentage)	23
Graphique 3. Aspects traités par des dispositions contenues dans les ACR qui contiennent un chapitre sur la concurrence.....	29
Graphique 4. Présence, dans les ACR contenant un chapitre sur la concurrence, d'une obligation d'adopter ou de continuer d'appliquer une législation sur la concurrence.....	30

Encadrés

Encadré 1. Affaire Telmex (Mexique) : le rôle de la politique de la concurrence et la réglementation des services de télécommunication	14
Encadré 2. L'ACR entre l'UE et le Mercosur : un exemple de convergence des approches.....	26
Encadré 3. L'AfCFTA : vers un cadre de la concurrence en Afrique continentale	28
Encadré 4. Le PTPGP et le droit d'engager une action privée.....	33

1. Introduction

1. La politique de la concurrence est aujourd'hui un élément fondamental du cadre juridique et institutionnel dans lequel fonctionne l'économie mondiale¹. Alors que les pratiques anticoncurrentielles étaient autrefois principalement analysées comme un phénomène national², désormais, de nombreux aspects de l'application du droit de la concurrence comportent une importante dimension internationale. Ainsi, une proportion non négligeable des procédures ouvertes contre des ententes vise des accords de fixation des prix ou de répartition des marchés qui franchissent les frontières nationales et qui ont même, dans certaines affaires importantes, une envergure mondiale³. Si rien n'est fait pour empêcher ces pratiques, elles risquent d'anéantir les effets positifs du commerce mondial⁴. De nombreuses affaires récentes et retentissantes d'abus de position dominante dans les industries de réseau liées aux nouvelles technologies impliquent plusieurs juridictions.

¹ Une première version, plus détaillée, de ce rapport a été publiée en tant que document de travail de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (Robert D. Anderson, William E. Kovacic, Anna Caroline Müller et Nadezhda Sporysheva, « Competition policy, trade and the global economy: Existing WTO elements, commitments in regional trade agreements, current challenges and issues for reflection », WTO Working Paper, ERSD-2018-12, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201812_e.htm). Le terme « politique de la concurrence » englobe ici toutes les mesures que prennent les pouvoirs publics pour réprimer ou prévenir les comportements anticoncurrentiels et favoriser un fonctionnement efficient et concurrentiel des marchés. Il inclut donc l'application du droit de la concurrence, sans toutefois s'y limiter. Une présentation plus complète du contenu et des objectifs de cette politique figure dans la section 3.1 ci-après.

² Il ne fait aucun doute que les pratiques anticoncurrentielles ont depuis longtemps une dimension internationale et influent souvent sur les échanges commerciaux. Voir, par exemple : Wendell Berge (1946), « Cartels as Barriers to International Trade », *Law and Contemporary Problems*, vol. 11, n° 4 (Duke University Press : Durham). Parmi les premières affaires importantes figure notamment l'entente internationale sur le marché des équipements électriques (voir *International Electrical Association: A Continuing Cartel* (Washington, D.C. : U.S. Government Printing Office, 1980)). De manière plus générale, dès son adoption, le Traité instituant l'Union européenne (TFUE, ex-Traité de Rome), comptait parmi ses principaux objectifs la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, largement reconnues comme un obstacle à la création d'un véritable marché européen. Voir : Robert D. Anderson et Alberto Heimler (2007), « What has Competition Done for Europe? An Inter-Disciplinary Answer », *Aussenwirtschaft*, vol. 62, n° 4, pp. 419-454. Une version avant publication peut être consultée à l'adresse : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1081563.

³ Pour une vision d'ensemble des procédures engagées dans différents pays, voir les rapports de synthèse publiés par différents cabinets d'avocats, par exemple : Allen & Overy, *Global Cartel Enforcement 2018* (avril 2019), [http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/globalcartelenforcement/Documents/Final_Cartel_Enforcement_Report_2018_\(15_04_19\).PDF](http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/globalcartelenforcement/Documents/Final_Cartel_Enforcement_Report_2018_(15_04_19).PDF) ; DLA Piper, *Cartel Enforcement Global Review* (juin 2017), https://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2017/06/3213720_Cartel_Enforcement_Global_Review_June_2017_V13.pdf.

⁴ Voir : OMC, chapitre spécial sur le commerce et la politique de la concurrence, *Rapport annuel 1997 de l'OMC*, chapitre 4, https://www.wto.org/french/news_f/pres97_f/pr85_f.htm ; Robert D. Anderson et Frédéric Jenny, « Competition Policy, Economic Development and the Role of a Possible Multilateral Framework on Competition Policy: Insights from the WTO Working Group on Trade and Competition Policy », in Erlinda Medalla (dir. pub.), *Competition Policy in East Asia* (Routledge, 2005), chapitre 4, pp. 61-85 ; Robert D. Anderson et Peter Holmes (2002), « Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System », *Journal of International Economic Law*, vol. 5, n° 2, pp. 531-563.

Dans le domaine du contrôle des concentrations, il n'est pas rare que des opérations importantes doivent être notifiées à une trentaine de juridictions au minimum, toutes susceptibles d'imposer des mesures correctives. Les positions adoptées par les autorités d'une juridiction à propos des mesures correctives nécessaires face à une opération donnée peuvent fort bien avoir des répercussions sur les marchés d'autres pays⁵. Au-delà de l'application du droit de la concurrence à proprement parler, de nombreux aspects de la politique de la concurrence (liés, par exemple, à la structure et à la portée des droits de propriété intellectuelle ou au rôle des entreprises publiques) mettent en jeu les intérêts d'un nombre croissant de juridictions.

2. Dès 1948, la Charte de la Havane instituant une Organisation internationale du commerce traduisait une prise de conscience de l'importance de la politique de la concurrence pour le commerce mondial et du fait qu'il pourrait être nécessaire que les États concluent des accords formels sur les questions relevant à la fois de la politique de la concurrence et de la politique commerciale. Ce texte définissait un cadre étonnamment complet, voire, à certains égards, précurseur pour la coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles « mises en œuvre par des entreprises commerciales privées ou publiques »⁶. Il consacrait un chapitre entier aux moyens d'empêcher les « pratiques commerciales qui, dans le commerce international, entravent la concurrence, restreignent l'accès aux marchés ou favorisent le contrôle à caractère de monopole, dans tous les cas où ces pratiques produisent des effets nuisibles sur le développement de la production ou du commerce [ou ont d'autres effets préjudiciables, par exemple sur le développement] »⁷. La Charte de la Havane n'est certes jamais entrée en vigueur, mais elle a constitué une référence pour l'évolution ultérieure du système commercial international⁸.

3. Par la suite, des dispositions relatives à la politique de la concurrence furent insérées dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) et autres instruments de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). La mise en œuvre de politiques de la concurrence efficaces au niveau national est également indispensable à la concrétisation des effets positifs susceptibles de découler de l'adhésion à l'Accord (plurilatéral) de l'OMC sur les marchés publics (AMP).

4. L'interaction entre commerce et politique de la concurrence était également un volet important du cycle de négociations commerciales multilatérales de Doha (cycle de Doha) tel qu'il était envisagé initialement, en 2001⁹. Malgré cette volonté, lors de la

⁵ La section 4 s'attarde plus longuement sur cette question.

⁶ Charte de la Havane instituant une Organisation internationale du commerce, chapitre V, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf.

⁷ *Id.*

⁸ Peter van den Bossche, « The Origins of the WTO », *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials* (Cambridge University Press, 2017).

⁹ Ainsi, les signataires de la Déclaration ministérielle de Doha (paragraphe 23) reconnaissent « 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 » et conviennent de la tenue de « négociations [...] après la cinquième session de la Conférence ministérielle [la Conférence de Cancún, en 2003] sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations », Déclaration ministérielle de Doha adoptée le

Conférence de Cancún, il est apparu évident qu'il n'existait aucun consensus, ni sur les modalités des négociations ni même sur le bien-fondé de leur organisation, en raison d'un manque de capacité de négociation et d'une méfiance vis-à-vis de la politique de la concurrence de la part des pays en développement et de réserves des pays développés quant aux conséquences des négociations sur leur indépendance nationale dans ce domaine. Par la suite, la politique de la concurrence fut supprimée du programme du cycle de Doha, et le groupe de travail de l'OMC qui en était chargé a cessé toute activité¹⁰. Ce groupe existe cependant toujours et il pourrait être utilisé pour dresser un bilan des évolutions et engager une réflexion sur des questions pertinentes si les membres de l'OMC devaient le juger utile et opportun. Une autre évolution mérite d'être soulignée : alors qu'en 1997, lors du lancement des négociations au sein de l'OMC, une cinquantaine d'économies seulement avaient adopté une législation nationale en matière de concurrence, aujourd'hui, 135 pays membres de l'OMC en sont dotés. C'est notamment le cas de tous les pays du groupe BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud) et de nombreux autres pays en développement membres de l'OMC¹¹.

5. Bien que les membres de l'OMC ne soient pas parvenus à s'entendre dans les années 2000 sur un programme de négociations, il existe une très grande complémentarité entre les mesures de libéralisation des échanges et celles visant à lutter contre les pratiques ou accords anticoncurrentiels. Les pratiques anticoncurrentielles des entreprises comme les accords restrictifs de concurrence orchestrés par l'État sont de nature à compromettre les retombées positives de la libéralisation des échanges. Les illustrations les plus claires en sont peut-être les ententes internationales à travers lesquelles des producteurs se répartissent les marchés, les abus de position dominante qui entravent l'accès aux facilités nécessaires à l'importation de biens et services, et les ententes à l'importation et les restrictions verticales anticoncurrentielles ayant pour effet d'exclure les fournisseurs étrangers d'un marché¹². Toutefois, même les ententes internationales et abus de position dominante transfrontaliers qui visent davantage à influencer sur les prix ou sur la fourniture de biens et services qu'à exclure des acteurs du marché ont un effet direct sur les objectifs du système commercial multilatéral. Ces objectifs rejoignent dans une large mesure ceux de la politique de la concurrence¹³.

20 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm.

¹⁰ Voir : Décision adoptée par le Conseil général le 1^{er} août 2004 (WT/L/579 du 2 août 2004, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/draft_text_gc_dg_31july04_f.htm) et l'analyse d'Anderson et Jenny, note 4 *supra*.

¹¹ William E. Kovacic et Marianela Lopez-Galdos (2016), « Lifecycles of Competition Systems: Explaining Variation in the Implementation of New Regimes », *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, p. 86, consultable à l'adresse : <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss4/4>.

¹² Robert Anderson, Frédéric Jenny et Anna Caroline Müller, *Combating Anti-Competitive Practices* (International Trade Centre, 2012), consultable à l'adresse : <http://www.intracen.org/combating-anticompetitive-practice/>.

¹³ Groupe conjoint de l'OCDE sur les échanges et la concurrence, *Complémentarités entre la politique commerciale et la politique de la concurrence*, COM/TD/DAFFE/CLP(98)98/FINAL, 1999, consultable à l'adresse : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=fr&cote=com/td/daffe/clp\(98\)98/final](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=fr&cote=com/td/daffe/clp(98)98/final).

6. Quoi qu'il en soit, de nombreux accords commerciaux régionaux ou bilatéraux contiennent des règles relatives à la concurrence, ce qui montre que divers groupes d'économies reconnaissent désormais l'importance de la concurrence pour la libéralisation des échanges et l'intégration des marchés¹⁴. Autre signe de la reconnaissance et de l'acceptation du rôle de la politique de la concurrence : le nombre croissant d'engagements ou de références à des engagements en matière de concurrence dans les protocoles d'accession à respecter par les nouveaux membres de l'OMC et dans les travaux d'organes de l'OMC comme l'Organe d'examen des politiques commerciales (OEPC) et le Conseil des ADPIC, qui s'intéressent également aux évolutions de la politique de la concurrence.

7. En conséquence, depuis que le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence a cessé ses activités, en 2004, le contexte a subi des évolutions telles qu'il est probablement nécessaire de revisiter l'analyse des liens entre commerce et politique de la concurrence *et* d'accroître la capacité de la communauté internationale à mener cette réflexion. Comme expliqué plus précisément ci-après, les évolutions à prendre en compte sont notamment les suivantes :

- la dimension internationale des affaires de droit de la concurrence, les retombées positives qui peuvent en découler pour le bien-être économique, et les risques de conflits de compétence ;
- une préoccupation croissante des entreprises multinationales à l'égard de la non-discrimination, de la transparence et de l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence à l'échelle mondiale ;
- le rôle plus grand de la politique de la concurrence vis-à-vis des droits de propriété intellectuelle (DPI) dans l'économie mondiale ;
- le risque de formation de monopoles et la question de la préservation de la concurrence dans les marchés numériques ; et
- les questions liées aux entreprises publiques, au rôle de la politique industrielle et au respect de la neutralité concurrentielle dans les économies émergentes¹⁵.

8. Les travaux menés par le Réseau international de la concurrence (RIC) et par d'autres organisations internationales, par exemple l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), les initiatives prises par des organisations non gouvernementales comme Consumer Unity and Trust Society (CUTS) et, surtout, par les autorités nationales de la concurrence les plus influentes ont permis des progrès remarquables sur le plan de la compréhension des objectifs, du contenu et des effets de la politique de la concurrence à l'échelle mondiale et de la recherche de solutions pour relever

¹⁴ Voir la section 3 et les références citées dans cette section. L'une des références souvent citées actuellement est le rapport de François-Charles Laprevote, Sven Frisch et Burcu Can, *Competition Policy within the Context of Free Trade Agreements* (E15 initiative on Strengthening the Global Trade and Investment System for Sustainable Development, septembre 2015), consultable à l'adresse : <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/07/E15-Competition-Laprevote-Frisch-Can-FINAL.pdf>.

¹⁵ Bon nombre de ces questions ont déjà été examinées au Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence. Des publications peuvent être consultées à l'adresse : <http://www.oecd.org/competition/>.

les nouveaux défis énoncés ci-dessus¹⁶. Dans le même temps, les évolutions précitées conduisent à s'interroger sur les autres formes de coopération internationale qui pourraient être nécessaires pour garantir l'existence d'un cadre non discriminatoire et suffisamment transparent pour l'application de la politique de la concurrence dans le contexte de l'économie mondiale contemporaine.

9. Le présent document a vocation à servir de base à une réflexion sur ces questions. Il est structuré comme suit : la section 2 porte sur certains aspects de l'interaction entre la politique de la concurrence et les accords de l'OMC *existants*, mais tient aussi compte des travaux effectués par le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence et de récentes évolutions survenues au sein de l'OMC. La section 3 examine le traitement de la politique de la concurrence dans les accords commerciaux régionaux (ACR) – ce qui est une autre manifestation très importante des synergies existant entre ces deux domaines de l'action publique. La section 4 présente une série de défis que les pouvoirs publics doivent relever concernant le rôle de la politique de la concurrence dans l'économie mondiale. La partie 5 fait office de conclusion.

2. La politique de la concurrence au sein de l'OMC : éléments existants, débats actuels et anciens

10. L'interaction entre commerce international et politique de la concurrence suscite un intérêt depuis la création du système commercial international actuel. Comme indiqué plus haut, dans les années 1940, les pratiques commerciales restrictives ont constitué un élément central des négociations qui ont conduit à l'adoption de la Charte de la Havane, laquelle n'est toutefois jamais entrée en vigueur¹⁷. Le GATT, signé en 1947, est donc devenu le principal instrument commercial multilatéral et a régi les échanges mondiaux de 1948 à 1995, date à laquelle l'OMC a été créée et a officiellement pris le relais. Contrairement à la Charte de la Havane¹⁸, le GATT ne contenait pas de partie consacrée aux pratiques anticoncurrentielles. Comme exposé ci-après, il n'en comportait pas moins des dispositions traduisant une préoccupation pour les questions liées à la politique de la concurrence.

11. L'entrée en vigueur du GATT fut suivie de la création d'un « Groupe d'experts » chargé de se pencher sur la nécessité de s'attaquer aux pratiques restrictives des entreprises dans le contexte du commerce international et de formuler des recommandations en la matière. Les travaux de ce groupe ont abouti à l'adoption de la décision de 1960 intitulée « Pratiques commerciales restrictives : dispositions prises en vue de consultations »¹⁹, qui

¹⁶ Pour une réflexion sur cette question, voir Hugh M. Hollman et William E. Kovacic (2011), « The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 20, pp. 274-323.

¹⁷ Chapitre V de la Charte de la Havane (note 6 *supra*). Pour d'autres informations sur le contexte, voir : Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis et Alan O. Sykes, *The Genesis of the GATT* (Cambridge University Press, 2008).

¹⁸ Voir également la section 1.

¹⁹ Pratiques commerciales restrictives : Dispositions prises en vue de consultations, Décision du 18 novembre 1960, BISD 9S/28, consultable à l'adresse : <http://www.worldtradelaw.net/misc/rbp1.pdf.download>. Voir également Report of Experts, Restrictive Business Practices: Arrangements for Consultations of 2 June 1960, L/1015, BISD 9S/170, consultable à l'adresse : <http://www.worldtradelaw.net/misc/rbp2.pdf.download>. Après la création de l'OMC, la décision de 1960 a été citée dans le contexte du différend qui a opposé les

reconnaissait que les pratiques commerciales restrictives pouvaient « freiner l’expansion du commerce international et le développement économique des différents pays, compromettant ainsi les avantages des réductions de droits de douane et de la suppression des restrictions quantitatives »²⁰. Cette décision n’instituait toutefois pas de règles contraignantes visant ces pratiques. Elle établissait cependant un mécanisme de notifications au cas par cas²¹.

12. De même, la création de l’OMC ne s’est pas traduite par l’adoption d’un arsenal de règles contraignantes destinées à lutter contre les pratiques commerciales anticoncurrentielles dans le domaine des échanges internationaux. Toutefois, plusieurs dispositions et instruments subordonnés intégrés aux divers accords de l’OMC témoignent de l’importance des mesures visant à garantir le fonctionnement concurrentiel des marchés pour le système commercial international. Parmi ces accords figurent notamment l’AGCS, l’Accord sur les ADPIC, l’Accord sur les MIC et l’AMP. Par ailleurs, le Groupe de travail de l’interaction du commerce et de la politique de la concurrence, en activité de 1997 à 2003, a conduit une vaste étude sur les liens entre commerce et politique de la concurrence. À cela s’ajoute que depuis la création de l’OMC, en 1995, la politique de la concurrence occupe une place importante dans les textes relatifs à l’accession à l’OMC (à savoir les séries d’engagements que les nouveaux membres doivent souscrire lorsqu’ils accèdent à l’OMC), dans les examens des politiques commerciales et autres instances de l’OMC, notamment le Conseil des ADPIC. Ces dispositions et instances qui reconnaissent déjà de manière précise et tangible le rôle de la politique de la concurrence dans le système commercial international sont présentées plus précisément ci-après.

2.1. Travaux du Groupe de travail de l’interaction du commerce et de la politique de la concurrence (1997 – 2003) : le Groupe de travail était-il en avance sur son temps ?

13. De 1997 à 2003, le Groupe de travail de l’interaction du commerce et de la politique de la concurrence a réalisé une ambitieuse étude sur les liens entre commerce et politique de la concurrence²². Même si le groupe a cessé toute activité depuis lors, d’importants enseignements peuvent être tirés de cette étude dans la perspective de futurs travaux dans ce domaine.

14. Au cours des deux premières années, le Groupe de travail a mené ses travaux en s’appuyant sur la « liste récapitulative des questions à examiner » établie par son président. Cette liste accordait notamment une importance particulière à l’effet des pratiques anticoncurrentielles sur le commerce international, et plus précisément :

États-Unis et le Japon concernant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs. Voir le rapport du groupe spécial, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, adopté le 22 avril 1998, DSR 1998:IV, p. 1179, paragraphe 6.37, consultable à l’adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds44_f.htm.

²⁰ *Id.*

²¹ Voir Sadeq Z. Bigdeli et Mira Burri-Nenova, « Article IX GATS », in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll et Clemens Feinäugle (dir. pub.), *WTO - Trade in Services* (Brill, 2008, vol. 6), pp. 221-222.

²² Pour de plus amples informations : https://www.wto.org/french/tratop_f/comp_f/comp_f.htm.

- à l'incidence des monopoles d'État, des droits d'exclusivité et de la réglementation sur la concurrence et le commerce international ;
- au rapport entre les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et la politique de la concurrence ;
- au rapport entre l'investissement et la politique de la concurrence et à l'incidence de la politique commerciale sur la concurrence²³.

15. Même s'il ne faut pas surestimer le degré de consensus qu'ils traduisaient, ces travaux ont bel et bien témoigné d'un grand intérêt et d'un engagement fort de la part des membres de l'OMC. La communauté de vues évidente (et peut-être surprenante) qui s'est dégagée concernant les aspects fondamentaux est à comparer aux divergences de vues qui se sont manifestées lorsqu'il s'est ensuite agi d'examiner les propositions de suites à donner ou de mesures à prendre²⁴.

16. Par la suite, de 1999 à 2001, le Groupe de travail a recentré son mandat sur les questions ci-après : « (i) la pertinence, pour la politique de la concurrence, des principes fondamentaux de l'OMC que sont le traitement national, la transparence et le traitement de la nation la plus favorisée, et *vice versa* ; (ii) les approches visant à promouvoir la coopération et la communication entre les membres, y compris dans le domaine de la coopération technique ; et (iii) la contribution de la politique de la concurrence à la réalisation des objectifs de l'OMC, y compris la promotion du commerce international »²⁵.

17. Même s'il n'a pas été possible de parvenir à un accord sur l'issue des travaux, les activités menées dans le cadre du mandat révisé ont permis de dégager un large consensus sur certains points fondamentaux. Ainsi, l'idée que la non-discrimination, la transparence et l'équité procédurale en matière d'application du droit et de la politique de la concurrence sont des principes fondamentaux à la fois pour l'efficacité de ce droit et de cette politique et pour leur acceptation par le public a suscité une large adhésion²⁶. Il ne faut pas pour autant en déduire que tous les membres de l'OMC étaient prêts à s'entendre sur des propositions précises pour garantir l'application de ces principes : cette adhésion signifiait simplement qu'une nette majorité des membres participant au groupe de travail jugeait ces principes

²³ La version complète de la liste récapitulative des questions à examiner peut être consultée à l'adresse : https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=F&CatalogueIdList=43538,42759,58169,18158,45943,19500,33826&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.

²⁴ Robert D. Anderson et Anna Caroline Müller, *Competition Law/Policy and the Multilateral Trading System: A Possible Agenda for the Future* (E15 initiative on Strengthening the Global Trade and Investment System for Sustainable Development, septembre 2015), consultable à l'adresse : <http://e15initiative.org/publications/competition-lawpolicy-and-the-multilateral-trading-system-a-possible-agenda-for-the-future/> ; voir également Anderson et Jenny, note 4 *supra*.

²⁵ OMC, rapports au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, WT/WGTCP/3, 4 et 5, 1999, 2000 et 2001.

²⁶ OMC, rapport au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, WT/WGTCP/6, 2002, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/comp_f/wgtpc_docs_f.htm.

importants et pertinents pour l'évolution future de cette politique aux niveaux national et/ou international²⁷.

18. En application de la Déclaration ministérielle de Doha, le Groupe de travail a de nouveau réorienté ses travaux pour se concentrer sur certains éléments d'un « cadre multilatéral possible sur la politique de la concurrence » comme le proposaient les partisans d'un tel cadre, notamment l'Union européenne (UE). Parmi ces éléments figuraient des principes fondamentaux tels que la transparence, la non-discrimination et l'équité procédurale, des dispositions sur les « ententes injustifiables », des modalités de coopération volontaire (entre autorités de la concurrence) et des mesures de renforcement des capacités visant à consolider les autorités de la concurrence des pays en développement. Fin 2002, le Groupe de travail était parvenu à réaliser une vaste analyse de ces quatre éléments, qui furent ensuite les principales propositions examinées par les membres de l'OMC dans le cadre de la Conférence de Cancún en 2003.

19. Lors de la Conférence ministérielle de l'OMC organisée à Cancún, Mexique, la majorité des membres de l'OMC a refusé l'ouverture de négociations visant à instituer dans le domaine de la politique de la concurrence un cadre multilatéral incluant ces éléments. Ce refus n'a pas seulement été motivé par des problèmes relatifs aux propositions formulées : il s'explique aussi par les priorités de négociation en général et par des inquiétudes liées à l'OMC et à ses travaux. Il n'en reste pas moins que les propositions elles-mêmes ont aussi été accueillies avec scepticisme par les pays en développement, qui n'ont parfois pas compris en quoi la suppression de pratiques anticoncurrentielles pouvait servir leurs intérêts et qui manquaient de capacités de négociation ; à cela se sont ajoutées, comme déjà indiqué, des réserves de la part de certaines autorités nationales de la concurrence des pays développés en raison des conséquences qu'un éventuel cadre multilatéral pourrait avoir sur leur indépendance en matière d'enquête et de poursuites. Après la Conférence de Cancún, le Conseil général de l'OMC a décidé qu'il ne serait plus conduit de travaux visant à ouvrir des négociations sur la politique de la concurrence jusqu'à la fin du cycle de Doha²⁸.

20. En somme, le Groupe de travail a mené des travaux d'envergure, qui portaient sur des questions de fond et comportaient de multiples facettes. Ces travaux n'ont certes pas abouti à un accord sur telle ou telle proposition, mais ils ont été menés en profondeur et ont permis qu'une convergence de vues se dégage sur des principes fondamentaux importants, par exemple la complémentarité du rôle de la politique de la concurrence et de la libéralisation des échanges, les conséquences dommageables des pratiques anticoncurrentielles pour le développement et la nécessité d'adopter des mesures correctives appropriées²⁹. La suspension du Groupe de travail et son incapacité à permettre qu'un consensus se dégage à Cancún ne peuvent en aucun cas être interprétées aujourd'hui comme le signe d'un manque d'intérêt des membres de l'OMC pour la politique de la concurrence et ses liens avec la politique commerciale. Bien au contraire, du fait de l'importance de la politique de la concurrence, les

²⁷ Voir, par exemple : Christine Varney, « Remèdes coordonnés : convergence, coopération et rôle de la transparence », communication présentée à l'Institut de droit de la concurrence, 15 février 2010, consultable à l'adresse : <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2014/09/24/255214.pdf>. Par la suite, les principes précités furent mis en avant et occupèrent une place centrale dans les travaux du RIC et d'initiatives actuellement mises en œuvre en lien avec ces travaux.

²⁸ Voir Anderson et Müller, note 24 *supra* et les références citées dans cette note.

²⁹ *Id.*

éléments figurant déjà dans plusieurs instruments de l'OMC ont été développés dans les protocoles d'accession de certains nouveaux membres et font de plus en plus souvent l'objet de discussions dans diverses instances de l'OMC (voir ci-après).

2.2. Politique de la concurrence et accords de l'OMC existants

21. Initialement négocié dans les années 1940, le GATT ne contient aucune règle contraignante explicite relative aux pratiques commerciales restrictives. À noter toutefois que le principe du traitement national qu'il énonce – et qui constitue une « pierre angulaire » de l'OMC – peut s'appliquer aux processus et institutions qui assurent l'application du droit de la concurrence³⁰. Le GATT contient également des concepts/règles pertinents dans ses dispositions relatives aux entreprises commerciales d'État³¹ et à l'élimination des restrictions quantitatives à l'exportation³².

22. S'agissant du secteur des services, de tout temps, les monopoles (publics ou non) et les pratiques qui restreignent la concurrence ont été de nature à limiter directement ou indirectement les échanges (et l'ont souvent fait)³³. C'est pourquoi l'article VIII de l'AGCS a pour but de garantir qu'un fournisseur monopolistique d'un service sur son territoire n'agisse pas, lorsqu'il fournit un service monopolistique sur le marché considéré, d'une manière incompatible avec les obligations du membre en matière de non-discrimination et avec ses engagements spécifiques. En outre, l'article IX de l'AGCS reconnaît expressément que « certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services [...] peuvent limiter la concurrence et par là restreindre le commerce des services ». Le champ d'application de l'article IX est plus large que celui de l'article VIII et peut englober les activités de fournisseurs de services susceptibles de se trouver en position dominante ou d'adopter un comportement collusoire sur les marchés de services sans pour autant avoir de droits de monopole accordés par l'État³⁴. L'article IX fait obligation aux membres de l'OMC de se prêter, à la demande d'un autre membre, à des consultations en vue d'éliminer ces pratiques – il constitue un exemple clair de disposition de l'OMC reconnaissant qu'une coopération internationale est nécessaire pour résoudre les problèmes liés à la politique de la concurrence.

23. La réglementation des services de télécommunication de base illustre bien le rôle de la politique de la concurrence dans le secteur des services. L'AGCS comporte une annexe spécifique sur les services de télécommunication destinée à garantir une

³⁰ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gatt47_01_f.htm#articleXVII. L'article III, paragraphe 4, relatif au traitement national en matière de vente, de distribution et d'utilisation sur le marché intérieur, dispose que : « 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. Les dispositions du présent paragraphe n'interdiront pas l'application de tarifs différents pour les transports intérieurs, fondés exclusivement sur l'utilisation économique des moyens de transport et non sur l'origine du produit ».

³¹ GATT, article XVII.

³² GATT, article XI.

³³ Anderson et Holmes note 4 *supra*.

³⁴ Voir Bigdeli et Burri-Nenova, note 21 *supra*, p. 223.

concurrence dans ce secteur³⁵. Par ailleurs, lors des négociations sur les services de télécommunication de base ouvertes après le cycle de l'Uruguay dans le cadre de l'AGCS, la plupart des membres de l'OMC se sont engagés à respecter les règles énoncées dans le « document de référence »³⁶. Alors que dans l'annexe sur les services de télécommunication, les membres de l'OMC s'engagent à respecter des obligations qu'ils aient ou non libéralisé leur secteur des télécommunications de base ou aient ou non pris des engagements dans ce sens, le document de référence impose des obligations aux fournisseurs de services de base en situation de concurrence³⁷. Ce document définit des règles détaillées concernant l'interconnexion des fournisseurs de services en aval avec les principaux fournisseurs à des conditions non-discriminatoires, la prévention des pratiques anticoncurrentielles, notamment des subventions croisées anticoncurrentielles (ou de la « compression des marges »), et la mise à disposition des informations nécessaires pour garantir une interconnexion efficace.

Encadré 1. Affaire Telmex (Mexique) : le rôle de la politique de la concurrence et la réglementation des services de télécommunication

Les principaux éléments du document de référence et les dispositions correspondantes des engagements souscrits par le Mexique dans le cadre de l'AGCS ont été analysés dans la décision rendue en 2007 par le Groupe spécial de l'OMC dans l'affaire impliquant l'opérateur de télécommunications mexicain *Telmex*³⁸. Dans cette procédure engagée par les États-Unis contre le Mexique, le Groupe spécial a estimé que plusieurs éléments de la réglementation mexicaine visant les services de télécommunication internationaux étaient contraires aux engagements souscrits par le pays en vertu du document de référence. À noter que le Mexique a choisi d'accepter la décision du Groupe spécial et ne l'a pas contestée devant l'Organe d'appel de l'OMC. Certains observateurs expliquent cette position par le fait qu'elle était la plus favorable aux intérêts des consommateurs mexicains et au développement à long terme du secteur mexicain des télécommunications³⁹.

³⁵ Voir OMC, Services de télécommunication, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/Tratop_f/serv_f/telecom_f/telecom_f.htm.

³⁶ Services de télécommunication : document de référence, 24 avril 1996, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/telecom_f/tel23_f.htm. Voir également: OMC, Présentation de l'Annexe sur les télécommunications, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/Tratop_f/serv_f/telecom_f/telecom_annex_expl_f.htm.

³⁷ Voir également Anderson et Holmes, note 4 *supra*.

³⁸ Rapport du groupe spécial, *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication*, WT/DS204/R, adopté le 1^{er} juin 2004, DSR 2004:IV, p.1537, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds204_f.htm.

³⁹ Voir, par exemple, Gary Hufbauer et Sherry Stephenson (2007), « Services trade: Past liberalization and future challenges », *Journal of International Economic Law*, vol. 10, n° 3, pp. 605-630. Voir également, pour une analyse utile sur le même sujet, Eleanor M. Fox (2006), « The WTO's first antitrust case—Mexican Telecom: a sleeping victory for trade and competition », *Journal of International Economic Law*, vol. 9, n° 2, pp. 271-292.

24. L'Accord sur les ADPIC est un autre exemple d'accord commercial multilatéral qui reconnaît expressément le rôle de la politique de la concurrence⁴⁰. Les dispositions relatives à la politique de la concurrence qu'il contient ont été introduites à la suite de demandes formulées par les pays en développement durant les négociations sur les ADPIC et traduisent de manière plus générale une reconnaissance de ce que la politique de la concurrence est un moyen de contrebalancer l'exercice des DPI dans les différents pays du monde⁴¹.

25. Globalement, les articles 8.2 et 40.1 (portant sur les pratiques en matière de concession de licence) de l'accord sur l'ADPIC disposent qu'il peut être nécessaire de prendre des mesures appropriées pour prévenir l'usage abusif des DPI ou le recours à des pratiques qui entravent les échanges de manière excessive ou ont une incidence négative sur le transfert international de technologie. L'article 40.2 contient en outre une liste courte et non limitative de pratiques susceptibles de constituer un usage abusif des DPI⁴². À noter que ni l'article 8.2 ni l'article 40.2 ne disposent que certaines pratiques en particulier doivent être traitées comme des usages abusifs et n'indiquent quelles mesures correctives doivent être adoptées. Les dispositions relatives à la concurrence contenues dans l'accord sur les ADPIC sont donc permissives plutôt que prescriptives⁴³. De même, l'article 40.3 dispose qu'un membre qui envisage d'engager une action contre les pratiques en matière de concession de licence d'un titulaire de droits de propriété intellectuelle ressortissant ou résident d'un autre membre peut engager des consultations avec ce membre. Les dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives à la concession de licences obligatoires⁴⁴ contiennent également des considérations liées à la politique de la concurrence. Enfin, les dispositions générales sur la coopération technique (article 67) trouvent à s'appliquer à

⁴⁰ Anderson et Holmes, note 4 *supra* ; Robert D. Anderson, « Competition Policy and Intellectual Property in the WTO: More Guidance Needed? » in Josef Drexler, *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law* (Edward Elgar, 2008), chapitre 18.

⁴¹ Voir Anderson et Müller, note 24 *supra* ; Robert D. Anderson, Jianning Chen, Anna Caroline Müller, Daria Novozhilina, Philippe Pelletier, Antonella Salgueiro, Nivedita Sen et Nadezhda Sporysheva, « Competition agency guidelines and policy initiatives regarding the application of competition law vis-à-vis intellectual property: an analysis of jurisdictional approaches and emerging directions », à paraître in Robert D. Anderson, Nuno Pires De Carvalho et Antony Taubman (dir. pub.), *Competition Policy and Intellectual Property in the Global Economy* (Cambridge University Press, World Intellectual Property and Organization and World Trade Organization, à paraître 2020), chapitre 17. Une version provisoire, publiée sous la forme d'un document de travail interne de l'OMC (ERSD-2018-02, 6 mars 2018), peut être consultée à l'adresse : https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201802_e.pdf.

⁴² Ces pratiques sont les suivantes : clauses de rétrocession exclusives, conditions empêchant la contestation de la validité et régime coercitif de licences groupées.

⁴³ Voir Robert D. Anderson, « Intellectual Property Rights, Competition Policy and International Trade: Reflections on the Work of the WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy », in Thomas Cottier et Petros Mavroidis (dir. pub.), *Intellectual Property: Trade, Competition and Sustainable Development* (Ann Arbor: University of Michigan Press, décembre 2002), chapitre 17. Voir également Robert D. Anderson, Anna Caroline Müller et Antony Taubman, « Competition policy and the WTO TRIPS Agreement as a platform for application of competition policy to the contemporary knowledge economy », à paraître in Anderson, Carvalho et Taubman (dir. pub.), note 41 *supra*, chapitre 3.

⁴⁴ L'article 31 de l'Accord sur les ADPIC définit précisément les conditions à respecter par les membres de l'OMC lorsqu'ils concèdent des licences obligatoires.

l'échange d'informations et au renforcement des capacités en lien avec l'utilisation des DPI à des fins anticoncurrentielles.

26. La politique de la concurrence occupe également une place très importante dans l'accord plurilatéral qu'est l'AMP⁴⁵, même si elle n'est que brièvement citée dans le texte de l'accord. L'AMP lui-même n'énonce pas de règles visant spécifiquement les pratiques anticoncurrentielles et permettant de lutter contre les soumissions concertées dans les marchés publics. Il a plutôt pour but – en tant qu'accord de libéralisation des échanges ayant un impact concret dans le secteur des marchés publics – d'induire une hausse du nombre de soumissionnaires potentiels à un appel d'offres et d'accroître leur diversité, ce qui est un objectif complémentaire important. Il s'attaque donc directement aux caractéristiques connues pour faciliter la collusion entre fournisseurs, en particulier la fermeture injustifiée des marchés et/ou les facteurs qui limitent la possibilité de participation d'autres fournisseurs⁴⁶.

27. L'investissement est un autre domaine avec lequel la politique de la concurrence entretient un lien de complémentarité étroit⁴⁷. Bien que les accords de l'OMC n'imposent pas de règles relatives à la politique de la concurrence et aux mesures concernant l'investissement qui sont liées au commerce, la pertinence de ce lien est reconnue dans le mandat des futures négociations figurant dans l'Accord sur les MIC. Plus précisément, l'article 9 de l'Accord définit le mandat de négociation du Conseil du commerce des marchandises⁴⁸. Bien que l'examen de l'Accord sur les MIC n'ait pour l'heure pas conduit

⁴⁵ Quarante-huit membres de l'OMC sont actuellement visés par l'accord. Voir OMC, *Parties, observateurs et accessions*, consultable à l'adresse https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm. Pour une mise à jour de la liste des membres et un bilan de l'influence de l'AMP, voir Robert D. Anderson et Nadezhda Sporysheva (2019), « The revised WTO agreement on government procurement: evolving global footprint, economic impact and policy significance », *P.P.L.R.*, vol. 3, pp. 71-91.

⁴⁶ Voir également Robert D. Anderson et Anna Caroline Müller (2018), « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 48, n° 4. Une version provisoire peut être consultée à l'adresse : https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201704_e.pdf. Robert D. Anderson et William E. Kovacic (2009), « Competition policy and international trade liberalisation: essential complements to ensure good performance in public procurement markets », *Public Procurement Law Review*, vol. 18, n° 2, pp. 67-101.

⁴⁷ OCDE, *A policy framework for investment: competition policy*, 25-27 octobre 2005, consultable à l'adresse : <https://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/35488898.pdf>.

⁴⁸ OMC, Mesures concernant les investissements et liées au commerce et autres prescriptions de résultats, G/C/W/307, 1^{er} octobre 2001, consultable à l'adresse : https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/29250/R/G/C/W307.pdf. Dans la même veine, la Déclaration ministérielle de Singapour du 18 décembre 1996 a créé un groupe de travail chargé d'analyser les liens entre commerce et investissement « compte tenu des dispositions existantes de l'OMC relatives aux questions se rapportant à la politique en matière d'investissement et de concurrence et du programme incorporé qui est prévu dans ces domaines, y compris aux termes de l'Accord sur les MIC ». En 1999, le Conseil du commerce des marchandises a lancé un examen du fonctionnement de l'Accord sur les MIC. L'étude conjointe des secrétariats de l'OMC et de la CNUCED fournit des exemples d'accords bilatéraux sur l'investissement qui reconnaissent non seulement le lien entre investissement et concurrence, mais aussi l'interaction entre politique de la concurrence et propriété intellectuelle. Certains accords bilatéraux sur l'investissement (la plupart conclus par les États-Unis, le Canada et le Japon) ont une portée supérieure à l'Accord sur les MIC et interdisent les obligations en matière de transfert de technologie – entre autres.

à l'enrichir de dispositions relatives à la politique de la concurrence, l'article 9 passe généralement pour une preuve du fait que les négociateurs de l'Accord avaient conscience du lien étroit qui existe entre la politique de la concurrence et les mesures concernant les investissements liées au commerce⁴⁹.

2.3. Politique de la concurrence et travaux actuels de l'OMC

28. Les liens entre politique de la concurrence et commerce commencent également à être reconnus dans les ensembles de textes relatifs à l'accèsion de nouveaux membres à l'OMC⁵⁰. Les groupes de travail chargés des accessions s'intéressent de plus en plus à la politique de la concurrence. En octobre 2019, 36 nouveaux membres avaient accédé à l'OMC selon la procédure prévue à l'article XII de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (« membres relevant de l'article XII »)⁵¹. Dans la grande majorité des cas (80 % de ces accessions environ), le pays accédant a dû fournir des informations sur le régime national applicable en matière de concurrence, ce qui montre clairement que les membres de l'OMC voient la politique de la concurrence comme un outil d'intégration économique important⁵². De surcroît, dans certains cas, le groupe de travail s'est penché sur les liens entre la politique de la concurrence et d'autres questions liées au commerce⁵³.

29. À noter que cette reconnaissance du rôle de la politique de la concurrence augmente au fil du temps. La quasi-totalité des accessions menées à bien ces dix dernières années ont donné lieu à des notifications relatives à la politique de la concurrence qui ont constitué un élément important des négociations⁵⁴. De plus, ces notifications sont plus détaillées que par le passé. Les ensembles de textes relatifs à l'accèsion des membres relevant de l'article XII tiennent compte de la politique de la concurrence de deux manières. Premièrement, le gouvernement accédant doit présenter une notification spécifique relative à la politique et au droit de la concurrence. Celle-ci doit contenir des informations sur les aspects suivants : les objectifs du régime, les mécanismes utilisés par les autorités compétentes pour

⁴⁹ Eleanor M. Fox et Amedeo Arena, « The International Institutions of Competition Law: The Systems Norms », in Eleanor M. Fox et Michael J. Trebilcock (dir. pub.), *The design of competition law institutions and the global convergence of process norms: The GAL competition project* (Oxford University Press, 2012).

⁵⁰ Voir Robert D. Anderson, Anna Caroline Müller et Nivedita Sen, « Competition policy in WTO accessions: filling in the blanks in the international trading system », in Alexei Kireyev et Chiedu Osakwe (dir. pub.), *Trade Multilateralism in the Twenty-First Century: Building the Upper Floors of the Trading System Through WTO Accessions* (Cambridge University Press and the WTO, 2018), pp. 299-319.

⁵¹ Liste des accessions menées à terme : Équateur (1996) ; Bulgarie (1996) ; Mongolie (1997) ; Panama (1997) ; République kirghize (1998) ; Lettonie (1999) ; Estonie (1999) ; Jordanie (2000) ; Géorgie (2000) ; Albanie (2000) ; Oman (2000) ; Croatie (2000) ; Lituanie (2001) ; République de Moldova (2001) ; Chine (2001) ; Taipei chinois (2002) ; Arménie (2003) ; Macédoine du Nord (2003) ; Népal (2004) ; Cambodge (2004) ; Royaume d'Arabie saoudite (2005) ; Viet Nam (2007) ; Tonga (2007) ; Ukraine (2008) ; Cabo Verde (2008) ; Monténégro (2012) ; Samoa (2012) ; Fédération de Russie (2012) ; Vanuatu (2012) ; République populaire démocratique lao (2013) ; Tadjikistan (2013) ; Yémen (2014) ; Seychelles (2015) ; Kazakhstan (2015) ; Libéria (2016) ; Afghanistan (2016).

⁵² Voir Anderson *et al.*, note 50 *supra*.

⁵³ Ainsi, le groupe de travail de l'accèsion de la Fédération de Russie a procédé à un examen approfondi des liens entre concurrence et propriété intellectuelle. Voir Anderson *et al.*, note 50 *supra*.

⁵⁴ Le seul pays à faire exception est Vanuatu.

l'appliquer et les travaux en cours pour mettre en place un véritable régime lorsqu'il n'existe pas encore. Par ailleurs, les pays doivent adopter des réformes et contracter des engagements proconcurrentiels en lien avec la libéralisation des échanges durant le processus d'accession⁵⁵.

30. Comme les règles intégrées aux accords de l'OMC existants évoquées plus haut, beaucoup d'engagements souscrits dans le cadre du processus d'accession portent sur des questions commerciales en lien avec la politique de la concurrence qui vont au-delà de l'application du droit de la concurrence. Ils englobent par exemple des notifications et engagements relatifs aux monopoles d'État, aux entreprises publiques et aux privatisations. Beaucoup de pays accédants se sont engagés à empêcher que les monopoles d'État n'influencent sur les échanges ou à réduire cette influence et à limiter le nombre d'entreprises commerciales d'État⁵⁶. Par ailleurs, les principes sur lesquels repose la concurrence sont liés à ceux qui guident l'OMC, comme la fixation de prix justes, l'intérêt du consommateur et l'ouverture et la libéralisation des marchés. Dans une certaine mesure, ces engagements souscrits par les membres relevant de l'article XII⁵⁷ constituent une version étoffée des disciplines du GATT. Ainsi, des disciplines destinées à remédier aux effets anticoncurrentiels transfrontaliers des entreprises publiques ont été intégrées au protocole d'accession de la Chine⁵⁸.

31. Le processus d'accession à l'OMC lui-même peut être vu comme un tremplin pour lancer, approfondir et consolider les réformes structurelles nécessaires dans les économies accédantes parce qu'il les encourage à adopter, en complément de l'adoption et de l'application de règles relatives à la concurrence, des réformes proconcurrentielles parfois plus ambitieuses que ces règles⁵⁹. Ensemble, les notifications, engagements et références

⁵⁵ Voir Anderson *et al.*, note 50 *supra*.

⁵⁶ Habituellement, même si les entreprises publiques jouissent de privilèges spéciaux en matière commerciale, les pays qui veulent accéder à l'OMC s'engagent à présenter des notifications et à fournir des informations sur ces entreprises à compter de la date de leur accession et à garantir que ces entreprises conduisent leurs activités dans le respect du GATT et de l'AGCS.

⁵⁷ Il s'agit des membres qui ont accédé à l'OMC en vertu de l'article XII de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto_f.htm#articleXII.

⁵⁸ La Chine s'est engagée à respecter des obligations liées aux droits de commercialisation et à la libéralisation de monopoles commerciaux d'État dans divers secteurs. En particulier, elle s'est engagée à libéraliser progressivement l'étendue des droits de commercialisation et l'accès à ces droits, de telle manière que trois ans après l'accession, toutes les entreprises du pays se soient vu accorder le droit de commercialisation, sauf pour les produits dont la liste figure dans le protocole d'accession, dont l'importation et l'exportation resteraient réservées aux entreprises d'État. Protocole d'accession de la République populaire de Chine, WT/L/432, 23 novembre 2001, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/thewto_f/acc_f/completeacc_f.htm. Voir également : Andrea Mastromatteo (2017), « WTO and SOEs: Article XVII and Related Provisions of the GATT 1994 », *World Trade Review*, vol. 16, n° 4, pp. 601-618.

⁵⁹ Ces réformes sont particulièrement importantes pour beaucoup de pays accédants, notamment pour les économies en transition. Pour une réflexion sur le lien entre réforme économique et concurrence et marchés publics dans certains de ces pays, voir par exemple : Robert D. Anderson et Nadezhda Sporysheva, « WTO accession, accession to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA) and economic reform in the Eurasian region: a tale of synergies », à paraître in Alexei Kireyev et Maika Oshikawa (dir. pub.), *Eurasian Perspectives on Integration into the WTO and the Global Economy* (Cambridge University Press and World Trade Organization, à paraître 2020).

relatifs à la politique de la concurrence pourraient constituer un excellent point de départ à d'éventuels autres travaux sur cette question au sein de l'OMC.

32. Le Mécanisme d'examen des politiques commerciales (MEPC) est un autre volet de l'activité de l'OMC qui reconnaît à la politique de la concurrence une importance croissante⁶⁰. Préparée par le Secrétariat de l'OMC, cette évaluation porte sur un membre en particulier et permet d'établir un bilan et une analyse de l'ensemble de ses politiques commerciales, notamment de recueillir des informations sur la politique et les lois applicables en matière de concurrence et le cadre institutionnel en place dans ce domaine⁶¹. Certains membres fournissent des informations sur l'évolution de la politique de la concurrence dans leur propre rapport, ce qui est révélateur. En conséquence, et bien qu'ils ne soient pas utilisés pour faire respecter les obligations souscrites en vertu des accords de l'OMC, ces rapports, de même que les discussions qui ont lieu dans le cadre de l'Organe d'examen des politiques commerciales (OEPC)⁶², constituent une précieuse source d'informations sur les caractéristiques de la politique de la concurrence des membres de l'OMC.

33. Dans le cadre d'EPR récents, un paragraphe sur la politique de la concurrence a été intégré à la partie sur les « mesures affectant la production et le commerce », qui comprend aussi généralement un paragraphe sur les entreprises publiques. Ce paragraphe sur la politique de la concurrence décrit le cadre en place en la matière dans le pays membre, notamment la législation, le système institutionnel, les antécédents en matière d'application du droit de la concurrence, les politiques de contrôle des prix, la coopération internationale ou régionale, etc.

34. De plus, depuis quelques années, ces paragraphes sont plus détaillés. Ils peuvent par exemple comprendre de nombreuses informations sur les évolutions récentes en matière de réglementation et d'application du droit de la concurrence, de détection des pratiques anticoncurrentielles, d'enquête et de poursuite, de programmes de clémence et/ou de transactions, de procédures d'enquête – normes appliquées, par exemple –, de sanctions, d'initiatives de coopération internationale, régionale ou bilatérale en matière de concurrence, etc. Par ailleurs, les réunions de l'OEPC constituent un espace idéal pour l'échange d'expériences sur l'application de la politique de la concurrence et le dialogue sur les problèmes de concurrence liés à la politique commerciale, tels que, par exemple, l'exemption du droit de la concurrence dont jouissent les entreprises publiques dans certains pays et l'interaction entre politique de la concurrence et propriété intellectuelle⁶³. À noter que l'on

⁶⁰ Annexe 3 à l'Accord de l'OMC, « Mécanisme d'examen des politiques commerciales », paragraphe A(i), consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/tpr_f/annex3_f.htm. À noter que le Mécanisme n'est pas « destiné à servir de base pour assurer le respect d'obligations spécifiques découlant des accords ni pour des procédures de règlement des différends, ni à imposer aux membres de nouveaux engagements en matière de politique » (MEPC, A(i)).

⁶¹ La liste de tous les examens des politiques commerciales peut être consultée à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/tpr_f/tp_rep_f.htm#chronologically.

⁶² L'OEPC est en réalité le Conseil général de l'OMC – au sein duquel tous les membres de l'OMC sont représentés – fonctionnant selon des règles et procédures spéciales. Un compte rendu de la réunion contenant les remarques finales du président de l'OEPC rend compte des discussions qui ont lieu au sein de cette instance. Conformément au paragraphe G du MEPC, les rapports annuels du Directeur général présentent, à partir des rapports d'examen des politiques commerciales et des discussions qui ont lieu au sein de l'OEPC, un tour d'horizon des principales évolutions de l'environnement commercial international (https://www.wto.org/french/tratop_f/tpr_f/tp_f.htm).

⁶³ Voir, par exemple, OMC, *Examen des politiques commerciales : Chine, remarques finales du Président*, 20 et 22 juillet 2018, consultable à l'adresse

trouve aussi des paragraphes sur la politique de la concurrence dans les EPC de membres de l'OMC qui ne sont pas encore dotés d'un régime de concurrence complet⁶⁴. Dans plusieurs cas de ce type, les autres membres de l'OMC ont plaidé en faveur de l'adoption d'une législation adaptée ou ont salué le lancement des travaux nécessaires à cette fin⁶⁵.

35. Dans le cadre du mandat énoncé et des dispositions contenues dans l'Accord sur les ADPIC (voir plus haut), le Conseil des ADPIC a déjà eu l'occasion d'examiner l'importance des mécanismes de sauvegarde relatifs à la politique de la concurrence et le rôle potentiel de mesures comme celles envisagées par l'article 40. Il a également examiné si les mesures prévues à l'article 40 pourraient permettre de remédier aux obstacles qui entravent l'accès aux biotechnologies essentielles⁶⁶ et aux problèmes posés par « les pratiques anticoncurrentielles menaçant la souveraineté alimentaire des populations des pays en développement »⁶⁷. Récemment, lors de ses réunions des 5 et 6 juin et 8 et 9 novembre 2018⁶⁸, il s'est penché sur le thème « propriété intellectuelle et intérêt général : promouvoir la santé publique par le biais du droit et de la politique de la concurrence »⁶⁹,

https://www.wto.org/french/tratop_f/tpr_f/tp442_crc_f.htm. Au cours de la discussion sur l'EPC de la Chine, les membres de l'OMC ont « salué la publication de dispositions destinées à éviter les conflits entre la protection de la propriété intellectuelle et l'application de la politique de la concurrence ».

⁶⁴ Voir OMC, Examen des politiques commerciales, Rapport du Secrétariat, Sri Lanka, WT/TPR/S/347, 27 septembre 2016, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/tpr_f/s347_f.pdf ; OMC, Examen des politiques commerciales, Rapport du Secrétariat, Guatemala, WT/TPR/S/348, 28 septembre 2016, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/tpr_f/s348_f.pdf (comme indiqué dans le rapport, le Guatemala est le seul pays d'Amérique centrale ne disposant ni d'une législation sur la politique de la concurrence ni d'une autorité chargée de la concurrence).

⁶⁵ Ainsi, les membres de l'OMC ont « félicité le Paraguay d'avoir mis en œuvre une législation sur la politique de la concurrence et créé une autorité de la concurrence » ; ont constaté que le Guatemala « ne disposait pas d'une législation sur la politique de la concurrence ni d'une autorité chargée de la concurrence et [...] ont appelé le pays à adopter une législation en la matière au plus vite ». De même, durant l'EPR du Nigéria, les membres de l'OMC ont salué l'adoption d'un projet de loi sur la concurrence et ont dit attendre avec intérêt son entrée en vigueur. Rapport annuel du Directeur général, Tour d'horizon de l'évolution de l'environnement commercial international, WT/TPR/OV/20, 16 novembre 2017, p. 86, 74, 82.

⁶⁶ IP/C/M/28, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce – Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 21 et 22 septembre 2000, § 153 (Australie).

⁶⁷ IP/C/M/64, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce – Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 26 et 27 octobre 2010 (Inde).

⁶⁸ IP/C/M/89, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 5 et 6 juin 2018 ; IP/C/M/90, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 8 et 9 novembre 2018.

⁶⁹ OMC, Nouvelles, « Les membres examinent la valeur sociétale de la propriété intellectuelle et son rôle, grâce à la politique de la concurrence, dans la promotion de la santé publique », réunion du Conseil des ADPIC, 5-6 juin 2018, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/news_f/news18_f/trip_08jun18_f.htm ; « Les membres examinent le rôle de la propriété intellectuelle pour les nouvelles entreprises et la santé publique », 8 et 9 novembre 2018, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/news_f/news18_f/trip_09nov18_f.htm.

inscrit à l'ordre du jour sur proposition du Brésil, de la Chine, de l'Inde et de l'Afrique du Sud⁷⁰.

36. L'assistance technique liée au commerce (ATLC) est une autre activité importante de l'OMC. Elle est fournie par le Secrétariat de l'OMC sous la forme de séminaires, ateliers et colloques organisés régulièrement à Genève et dans des capitales régionales ou nationales⁷¹. Il se trouve qu'une demande d'assistance technique liée à la politique de la concurrence s'est exprimée. Ainsi, le Secrétariat de l'OMC a organisé à Genève des ateliers plus larges sur le thème « politique de la concurrence, commerce et développement : examen de l'expérience pratique liée aux accords de l'OMC ». Ces ateliers, qui ont bénéficié de la contribution de l'OCDE et de la CNUCED et de la participation d'éminents chercheurs internationaux, ont porté sur l'utilisation concrète faite des dispositions relatives à la politique de la concurrence figurant déjà dans les accords de l'OMC. Des questions en lien avec les efforts actuellement déployés dans les enceintes internationales pour améliorer la coopération internationale en matière de concurrence et avec la place de la politique de la concurrence dans les accords commerciaux régionaux ont également été examinées. Le nombre de demandes d'inscription aux ateliers a été trois ou quatre fois supérieur au nombre de places disponibles⁷². Par ailleurs, certains événements principalement consacrés à d'autres thématiques (la propriété intellectuelle ou les marchés publics, par exemple) ont aussi permis d'aborder les aspects de la politique de la concurrence ayant une incidence sur les accords relatifs à ces thématiques. En toute logique, la question des soumissions concertées, par exemple, est souvent évoquée par les participants⁷³ ; de même, des problèmes en rapport avec les pratiques anticoncurrentielles et leur traitement ont été abordés dans le cadre des ateliers et séminaires consacrés à l'Accord sur les ADPIC⁷⁴.

37. En conclusion, bien que le Groupe de travail de l'OMC chargé de l'interaction entre la politique de la concurrence et le commerce soit inactif depuis longtemps, il ressort de ce qui précède que l'importance de la politique de la concurrence pour le commerce est reconnue à la fois dans les accords de l'OMC et dans les travaux des organes de l'OMC et constitue un thème transversal. Cette reconnaissance est renforcée par le fait que les membres de l'OMC font de plus en plus souvent figurer dans leurs accords commerciaux régionaux des dispositions et des chapitres sur la politique de la concurrence.

⁷⁰ IP/C/W/643, 25 mai 2018 (communication présentée par la Chine et l'Afrique du Sud et son *addendum* IP/C/W/643/Add.1 du 31 mai 2018, dans lequel l'Inde et le Brésil demandent à être ajoutés sur la liste des auteurs de la communication. Voir également IP/C/W/649 du 29 octobre 2018 et ses *addenda*.

⁷¹ Pour de plus amples informations, voir OMC, Assistance technique et formation de l'OMC, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/teccop_f/tct_f.htm.

⁷² Les travaux de ces ateliers sont strictement sans préjudice des vues ou intérêts des membres de l'OMC.

⁷³ L'Atelier mondial avancé sur les marchés publics est un exemple d'activité d'assistance technique récente. Il s'est tenu à l'OMC du 13 au 17 mai 2019, https://www.wto.org/french/news_f/news19_f/gpro_17may19_f.htm.

⁷⁴ Le mandat relatif à la coopération technique en matière de propriété intellectuelle et de questions liées au commerce est contenu dans l'Accord sur les ADPIC (article 67). Pour un exemple d'activité d'assistance technique récente, voir le 11^e cours avancé de l'OMC et de l'OMPI à l'intention des responsables politiques, 11-22 mars 2019, https://www.wto.org/french/news_f/news19_f/trip_29mar19_f.htm.

3. Le traitement de la politique de la concurrence dans les accords commerciaux régionaux : une autre preuve de la complémentarité des politiques

38. De fait, l'inclusion de chapitres (souvent détaillés) sur la politique de la concurrence dans les ACR est un autre signe, particulièrement édifiant, du fait que les membres de l'OMC sont nombreux à reconnaître l'importance de la politique de la concurrence pour le commerce et sa libéralisation. Plus précisément, environ 80 % des 296 ACR notifiés à l'OMC et répertoriés dans le Système d'information sur les accords commerciaux régionaux de l'OMC (SI-ACR de l'OMC)⁷⁵ contiennent soit des chapitres ou dispositions se rapportant spécialement à la politique de la concurrence (55 %) soit des dispositions moins détaillées reconnaissant l'importance de la politique de la concurrence pour le commerce (21 %). Cette section porte sur l'étendue, le contenu et la finalité de ces chapitres ou dispositions et tente ainsi d'apporter un éclairage supplémentaire sur l'interaction entre commerce et politique de la concurrence dans l'économie mondiale contemporaine. Elle présente une nouvelle analyse empirique tout en s'appuyant dans une large mesure sur des études existantes⁷⁶.

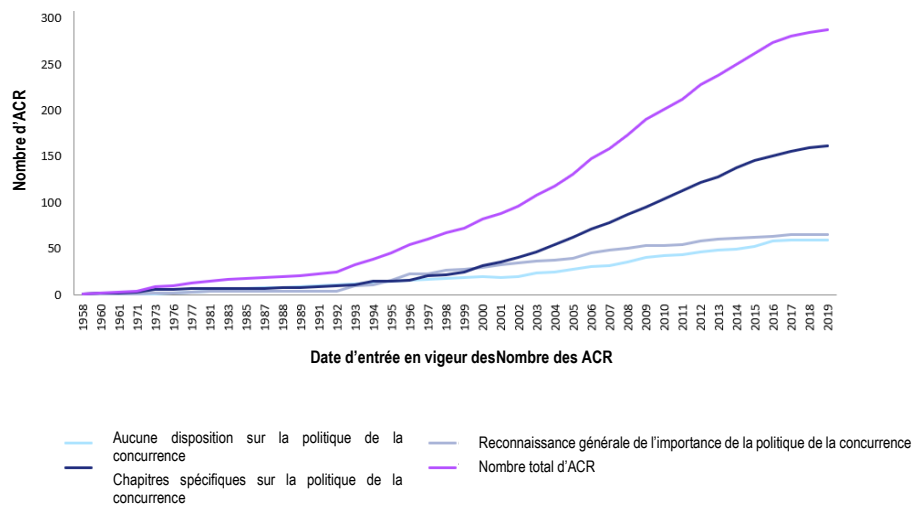
39. Outre que le nombre d'ACR contenant des dispositions sur la politique de la concurrence est en hausse, le contenu de ces dispositions a sensiblement évolué. Au départ, les parties aux ACR se bornaient souvent à reconnaître l'importance de la politique de la concurrence pour le commerce⁷⁷ sans pour autant consacrer un chapitre spécifique à cette question. La pratique a commencé à évoluer dans les années 2000 (Graphique 1 ci-après), en particulier à partir de 2004. Les ACR adoptés après cette date ont de plus en plus souvent comporté des dispositions sur tous les aspects de la politique de la concurrence – obligation de promouvoir la concurrence, exigences législatives et institutionnelles, principes régissant l'application du droit de la concurrence, pratiques anticoncurrentielles spécifiques, entreprises publiques et monopoles désignés et coordination et coopération en matière d'application du droit de la concurrence.

⁷⁵ Système d'information de l'OMC sur les accords commerciaux régionaux (SI-ACR), <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>. En octobre 2019, 302 ACR en vigueur avaient été notifiés par l'intermédiaire de ce système d'information en vertu de diverses obligations de l'OMC (clause d'habilitation ; article XXIV du GATT et article V de l'AGCS), y compris par des pays venant d'accéder à des ACR déjà notifiés. Toutefois, pour les besoins de l'analyse présentée ici, les notifications effectuées lors de l'entrée en vigueur de l'ACR et celles venant de pays qui viennent d'accéder ne sont comptabilisées qu'une fois pour éviter les doublons.

⁷⁶ Voir, en particulier, Laprévotte *et al.*, note 14 *supra* ; Robert Teh (2009), « Competition provisions in Regional Trade Agreements », *Regional Rules in the Global Trading System*, vol. 8, pp. 418-491 ; Robert D. Anderson et Simon Evenett, *Incorporating Competition Elements into Regional Trade Agreements: Characterization and Empirical Analysis*, 2006.

⁷⁷ Voir, par exemple, l'ACR signé en 1993 entre la Russie et le Tadjikistan, dont les signataires reconnaissent que « toute pratique commerciale visant à entraver ou à limiter la concurrence ou à perturber l'environnement concurrentiel dans les territoires des parties contractantes » sera réputée contraire à l'objet de l'accord.

Graphique 1. Traitement de la politique de la concurrence dans les ACR (1958 – 2019)

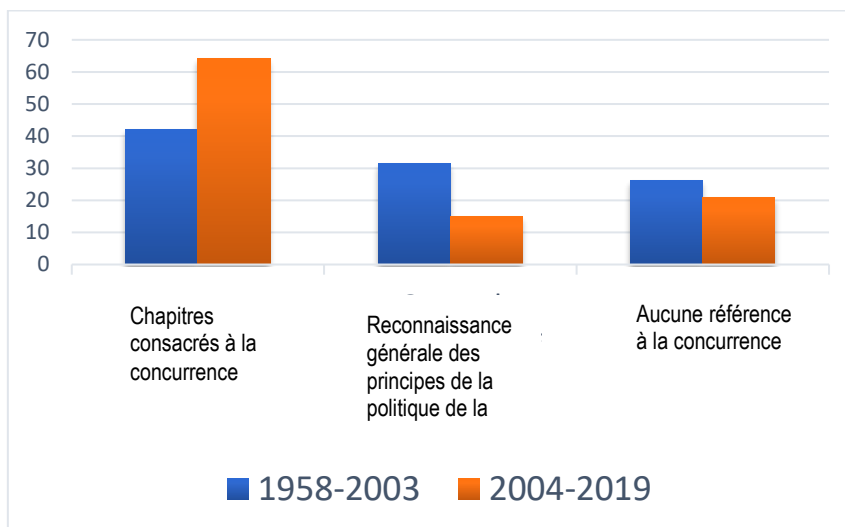


Source : SI-ACR de l'OMC.

Légende : Nombre d'ACR (axe des ordonnées) ; Date d'entrée en vigueur des ACR (abscisses)

40. Plus précisément, une comparaison des ACR notifiés avant et depuis 2004 (date à laquelle le Groupe de travail de l'OMC a cessé ses activités) montre que la proportion d'ACR comprenant des chapitres spécialement consacrés à la politique de la concurrence a sensiblement augmenté (atteignant 64 %, contre 42%), tandis que la part des ACR ne contenant que des dispositions générales ou ne mentionnant pas la politique de la concurrence a diminué en conséquence (Graphique 1). Cette évolution s'explique en partie par le fait que certains membres de l'OMC qui, avant les années 2000, se contentaient de reconnaître les principes sous-tendant la politique de la concurrence dans des dispositions générales (en particulier les pays d'Amérique latine, d'Asie et les membres de la Communauté des États indépendants) ont récemment inclus des dispositions spécifiques sur la concurrence.

Graphique 2. Inclusion de chapitres sur la concurrence aux XX^e et XXI^e siècles (en pourcentage)



Source : SI-ACR de l'OMC.

3.1. Objectifs des dispositions relatives à la concurrence contenues dans les ACR

41. Beaucoup d'ACR incluant des dispositions spécifiques sur la concurrence s'intéressent aux objectifs de la politique de la concurrence qui ont un lien avec le commerce. Les objectifs les plus souvent cités dans les accords sont les suivants⁷⁸ :

- Garantir que les effets positifs potentiels de la libéralisation du commerce ne soient pas anéantis par des pratiques anticoncurrentielles. Si rien n'est fait pour les empêcher, les pratiques anticoncurrentielles telles que les ententes et les abus de position dominante (qui réduisent la concurrence, limitent la production et font augmenter les prix) risquent de produire des effets inverses de ceux visés par la libéralisation (améliorer le bien-être économique grâce à une intensification de la concurrence, à une hausse de la production et à une baisse des prix).
- Promouvoir l'efficacité, le développement et la prospérité économiques. Les chapitres consacrés à la concurrence inclus dans les ACR contiennent des objectifs tels que : « efficacité économique et bien-être des consommateurs »⁷⁹ ; « développement économique et social »⁸⁰ ; « fonctionnement efficace des marchés »⁸¹ ; « [améliorer] et [garantir] un climat favorable à l'investissement, [et] un processus d'industrialisation durable »⁸². À noter que le chapitre sur la politique de la concurrence de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) contient un paragraphe spécifique sur la protection des consommateurs⁸³.
- Garantir que le droit de la concurrence lui-même ne soit pas appliqué de telle manière que la confiance des entreprises soit fragilisée et/ou que les entreprises nationales soient favorisées par rapport à leurs concurrentes étrangères. C'est pourquoi la plupart des ACR dans lesquels figure un chapitre sur la politique de la concurrence contiennent des dispositions horizontales sur la transparence, la non-discrimination et l'équité procédurale.

3.2. Approches régionales du traitement de la politique de la concurrence dans les ACR

42. Certaines approches « types » du contenu et de la structure des chapitres des ACR consacrés à la politique de la concurrence ont d'abord été décrites par les chercheurs en référence à certaines régions : (i) une approche européenne (appliquée par l'UE et les pays de l'Association européenne de libre-échange) ; (ii) une approche de type ALENA

⁷⁸ Voir également Laprévote *et al.*, note 14 *supra*.

⁷⁹ Voir, par exemple, l'article 12.2 de l'ACR États-Unis-Singapour, l'article 13.1 de l'ACR Chine-Chili, l'article 15.2.1 de l'ACR Pérou-République de Corée, l'article 11.1 de l'ACR Union économique eurasiatique (UEE)-Viet Nam, l'article 2 du chapitre sur la concurrence de l'ACR Hong Kong, Chine-Géorgie et l'article 16.1 de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP).

⁸⁰ Voir, par exemple, l'article 259 de l'ACR UE-Colombie-Pérou.

⁸¹ Article 116 de l'ACR Inde-Japon.

⁸² Article 47.1 de l'accord UE-Pays et territoire d'outre-mer (PTOM).

⁸³ Voir l'article 16.6 du PTPGP. Le texte du PTPGP est consultable à l'adresse : <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-concluded-but-not-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text/>.

(appliquée par les États-Unis et le Canada) et (iii) une approche « océanique », incarnée par l'Accord commercial de rapprochement économique australo-néo-zélandais (ANZCERTA)⁸⁴. Toutefois, au fil du temps, de plus en plus de pays d'autres régions, notamment des pays d'Asie et d'Amérique latine et de la CEI, ont inclus des dispositions sur la concurrence dans leurs ACR. De surcroît, une certaine convergence des approches est désormais visible.

43. Dès le départ, l'UE et, fût-ce dans une moindre mesure, les pays de l'AELE ont opté pour des dispositions relativement détaillées faisant obligation aux parties aux ACR d'interdire certaines pratiques anticoncurrentielles dès lors qu'elles influent sur le commerce. En règle générale, ces dispositions reprennent les articles correspondants du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE)⁸⁵ ou (selon le cas) de l'Accord sur l'Espace économique européen⁸⁶. Jusqu'à présent, les ACR impliquant l'UE et l'AELE contiennent peu de dispositions sur la coopération et la coordination en matière d'application du droit de la concurrence, le choix ayant plutôt été fait de compléter les dispositions contenues dans les ACR par des accords plus ciblés conclus entre les autorités de la concurrence des parties aux ACR. Toutefois, depuis peu, les ACR conclus par l'UE et l'AELE contiennent de plus en plus souvent des dispositions sur la coopération (voir Encadré 2, par exemple).

44. À l'inverse, les ACR inspirés de l'approche ALENA (principalement ceux conclus par les États-Unis ou le Canada)⁸⁷ contiennent généralement des dispositions sur la coopération et la coordination de l'application du droit de la concurrence en plus de celles relatives aux entreprises publiques et monopoles désignés (lesquelles figurent souvent dans d'autres chapitres que ceux consacrés à la politique de la concurrence), mais ne définissent pas toujours le « comportement anticoncurrentiel » contre lequel les parties s'engagent à prendre des mesures. Certains ACR de ce type imposent des obligations relativement contraignantes en lien avec les principes horizontaux. Dans ces accords, les dispositions relatives à la concurrence, exception faite de celles visant les entreprises publiques et

⁸⁴ Ces approches régionales types sont également décrites dans Laprévotte *et al.*, note 14 *supra*, et O. Solano et A. Sennekamp, « Competition Provisions in Regional Trade Agreements », *Documents de travail de l'OCDE sur la politique commerciale*, n° 31, 2006.

⁸⁵ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), consultable à l'adresse : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>. Les règles communes sur la concurrence figurent dans le titre VII du TFUE.

⁸⁶ Accord sur l'EEE, consultable à l'adresse : <http://www.efta.int/media/documents/legal-texts/eea/the-eea-agreement/Main%20Text%20of%20the%20Agreement/EEAagreement.pdf> (la version française est consultable à l'adresse : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:21994A0103\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:21994A0103(01))).

⁸⁷ Le 1^{er} octobre 2018, les États-Unis, le Canada et le Mexique sont parvenus à un accord sur la renégociation de l'ALENA engagée en 2017. L'ALENA restera cependant en vigueur tant que le processus de ratification interne de cet accord (l'Accord États-Unis-Mexique-Canada ou AEUMC) ne sera pas achevé. Voir Office of the United States Representative, *United States-Mexico-Canada Agreement*, consultable à l'adresse <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/united-states-mexico>. Le chapitre sur la concurrence contenu dans l'AEUMC modifie sensiblement celui qui figurait dans l'ALENA et va au-delà des disciplines de l'ALENA. Les États-Unis, le Canada et le Mexique se sont engagés à renforcer l'équité procédurale en matière d'application du droit de la concurrence pour que les parties aient suffisamment la possibilité de défendre leurs intérêts et puissent bénéficier de certains droits et d'une garantie de transparence dans le cadre du droit de la concurrence de chaque nation.

monopoles désignés, sont généralement exclues du champ d'application du mécanisme de règlement des différends⁸⁸.

45. L'approche océanienne, qui a été peu utilisée dans d'autres régions, constitue un autre modèle pour le traitement des questions relatives à la concurrence dans un ACR en ce qu'elle fait de la politique de la concurrence le principal moyen de lutte contre la concurrence déloyale⁸⁹. Ainsi, dans le cadre de l'ANZCERTA, l'Australie et la Nouvelle-Zélande se sont engagées à coordonner étroitement leurs politiques de la concurrence, par exemple en matière d'enquête et de recherche et pour éviter les doublons inutiles⁹⁰.

46. Dans d'autres régions, les caractéristiques des dispositions relatives à la politique de la concurrence contenues dans les ACR sont moins claires, même s'il est possible d'en repérer quelques-unes. Ainsi, les ACR récemment signés par certains pays d'Asie insistent sur l'importance des principes « horizontaux » en matière d'application du droit de la concurrence et contiennent des dispositions détaillées sur la coopération, dont l'assistance technique⁹¹. Les ACR signés par les pays d'Amérique latine contiennent souvent des « clauses rendez-vous » pour la tenue de futures négociations, visant notamment à tenter d'harmoniser le droit de la concurrence⁹² et les règles applicables aux monopoles. Dernièrement, des pays d'Amérique latine ont adopté les approches inspirées de l'UE et de l'ALENA lors de la signature d'accords avec ces juridictions.

Encadré 2. L'ACR entre l'UE et le Mercosur : un exemple de convergence des approches

Le 28 juin 2019, l'UE et le Mercosur sont parvenus à un accord de principe sur la signature d'un accord commercial à la fois ambitieux, équilibré et complet. Le texte de l'accord est en cours de révision juridique et doit encore être signé par les parties. Le texte publié contient un chapitre complet sur la concurrence⁹³, qui rappelle les principes horizontaux fondamentaux et les dispositions existantes en matière de droit de la concurrence, et renferme des dispositions sur l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, la réglementation des entreprises publiques et monopoles désignés. Ce chapitre contient également des dispositions détaillées sur la coopération et l'assistance technique, y compris sur la coopération en matière d'application du droit de la concurrence.

⁸⁸ Voir, par exemple, les ACR Canada-Chili, États-Unis-Singapour et Japon-Mexique.

⁸⁹ L'ANZCERTA limite le recours aux instruments de défense commerciale traditionnels (mesures antidumping et mesures compensatoires).

⁹⁰ Voir l'accord de coopération entre l'autorité de la concurrence australienne et l'autorité de la concurrence néo-zélandaise (*Cooperation Agreement between the Australian Competition and Consumer Commission and the New Zealand Commerce Commission*), 2007, consultable à l'adresse :

<https://www.accc.gov.au/system/files/Cooperation%20agreement%20between%20the%20ACCC%20%26%20the%20NZCC.pdf>. Voir également le texte et les objectifs de l'ANZCERTA, 1983 (<http://dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/anzcerta/Documents/anzcerta1.pdf>).

⁹¹ Voir, par exemple, les ACR Japon-Indonésie et Corée-Singapour.

⁹² Voir, par exemple, l'article 15.01 de l'ACR République dominicaine-Amérique centrale : « Les parties s'engagent à empêcher que les effets positifs du présent accord ne soient compromis par des pratiques anticoncurrentielles des entreprises. De même, les pays s'engagent à s'efforcer d'adopter des dispositions communes pour empêcher ces pratiques ».

⁹³ Le texte du chapitre sur la concurrence de l'ACR UE-Mercosur est consultable à l'adresse : https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/july/tradoc_158162.%20Competition.pdf.

47. Pour ce qui est des membres de la CEI, alors que les ACR conclus dans les années 1990⁹⁴ se bornaient à reconnaître l'importance de certains principes de la concurrence pour le commerce, les accords récents, par exemple le Traité sur l'Union économique eurasiatique conclu entre l'Arménie, le Bélarus, le Kazakhstan, la République kirghize et la Fédération de Russie, contiennent un chapitre consacré à la politique de la concurrence⁹⁵. Ce chapitre définit des règles et principes généraux applicables aux territoires des parties au traité, mais aborde également les pratiques anticoncurrentielles qui ont une incidence sur les marchés transfrontaliers, c'est-à-dire qui produisent un effet sur le territoire d'au moins deux pays signataires du traité⁹⁶.

48. Lorsqu'ils signent des ACR avec l'UE, l'AELE ou les pays de l'ALENA, les pays du Moyen-Orient et d'Afrique suivent en général l'approche adoptée par leur partenaire⁹⁷. Certains des ACR signés entre des pays d'Afrique (par exemple l'Union économique et monétaire ouest africaine ou UEMOA) prévoient une interdiction générale des accords anticoncurrentiels, des abus de position dominante et des aides publiques de nature à fausser la concurrence et instituent un conseil de la concurrence chargé de faciliter l'application des obligations liées à la politique de la concurrence⁹⁸. D'autres évolutions en lien avec l'émergence d'une approche africaine pourraient se faire jour dans le cadre de la zone continentale africaine de libre-échange (AfCFTA).

⁹⁴ Environ 25 ACR (essentiellement bilatéraux) signés entre des pays de la CEI sont entrés en vigueur entre 1993 et 2003. Ces ACR contenaient une clause type énonçant une interdiction générale des accords anticoncurrentiels et abus de position dominante : « Les parties reconnaissent que les pratiques déloyales sont incompatibles avec les objectifs du présent accord et s'engagent à ne pas autoriser, en particulier mais non limitativement, les pratiques suivantes : (i) les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées qui ont pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le territoire des parties ; (ii) les agissements à travers lesquels une ou plusieurs entreprises abusent de leur position dominante et restreignent la concurrence sur le territoire des parties ou sur une fraction importante de ce territoire » (voir, par exemple, l'article 8 de l'ACR Géorgie-Kazakhstan).

⁹⁵ Signé en décembre 2014, le Traité instituant l'UEE est entré en vigueur en janvier 2015. Une traduction non officielle en anglais est consultable dans la base de données SI-ACR de l'OMC (note 75 *supra*).

⁹⁶ Toutes les mesures qui sont contraires aux règles générales de concurrence et qui ont ou risquent d'avoir un effet négatif sur la concurrence sur les marchés transfrontaliers (hors marchés financiers) doivent être réprimées par la Commission économique eurasiatique (CEE) – organe de surveillance permanent de l'UEE. Voir l'annexe 19 du Traité instituant l'Union économique eurasiatique et, pour aller plus loin, Yury Rovnov et Nadezhda Sporysheva (2018), « The Court of the Eurasian Economic Union: Some Initial Jurisprudence », *Trade Policy*, vol. 4, n° 16.

⁹⁷ Voir, par exemple, l'ACR UE-Afrique du Sud et l'ACR AELE-Maroc.

⁹⁸ Voir les articles 88 et 89 de l'UEMOA.

Encadré 3. L'AfCFTA : vers un cadre de la concurrence en Afrique continentale

En mars 2018, les dirigeants de l'Union africaine (UA) ont signé l'accord instituant la zone continentale africaine de libre-échange (AfCFTA), qui a pour but de stimuler le commerce entre les pays africains et de permettre d'importants progrès en termes de développement. Ils ont reconnu que la libéralisation croissante des échanges entre les économies de la région devait s'accompagner de l'application de politiques complémentaires, par exemple relatives à la protection des consommateurs ou à la concurrence⁹⁹. C'est pourquoi l'AfCFTA fait de la politique de la concurrence l'une des thématiques à l'ordre du jour de la deuxième phase du Programme de travail transitoire de mise en œuvre de l'AfCFTA¹⁰⁰.

Comme suggéré par Luke et MacLeod, une approche régionale en Afrique pourrait aider les pays à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles lorsqu'ils sont confrontés à des ententes transfrontalières, des fusions, des acquisitions et des abus de position dominante. Les auteurs avancent que l'AfCFTA peut servir d'instrument contre les problèmes de concurrence transfrontaliers et aider les pays qui n'ont pas de législation sur la concurrence à en adopter une sur la base d'une approche consensuelle comme celle envisagée par un cadre continental de la concurrence¹⁰¹.

49. Le chapitre 16 du PTPGP, qui contient des disciplines renforcées sur l'équité procédurale dans l'application du droit de la concurrence (article 16.2), traduit une autre approche particulièrement nouvelle, qui témoigne également d'une forte convergence entre différentes approches régionales¹⁰². À noter que l'accord contient des dispositions inédites sur les actions privées¹⁰³, et réserve une place particulière aux dispositions sur la coopération et l'assistance technique. Outre le chapitre consacré à la politique de la concurrence, il comporte de nouvelles règles contraignantes sur les entreprises publiques (voir la section 3.3.5 ci-après).

⁹⁹ Mesut Saygili, Ralf Peters et Christian Knebel, *African Continental Free Trade Area: Challenges and Opportunities of Tariff Reductions*, UNCTAD Research Paper n° 15, février 2018, consultable à l'adresse : http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ser-rp-2017d15_en.pdf.

¹⁰⁰ Tralac, *The legal and institutional architecture of the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area*, 15 mars 2018, consultable à l'adresse : <https://www.tralac.org/discussions/article/12838-the-legal-and-institutional-architecture-of-the-agreement-establishing-the-african-continental-free-trade-area.html>.

¹⁰¹ Voir Luke, D. et Macleod, J. (2017), « Bringing the CFTA About: Key Factors for Success », *Bridges Africa*, vol. 6, n° 6, pp. 7-11, cité dans ITC, *A Business Guide to the African Continental Free Trade Area Agreement*, 2018, consultable à l'adresse : http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/AfCFTA%20Business%20Guide_final_Low-res.pdf.

¹⁰² Voir note 83 *supra*.

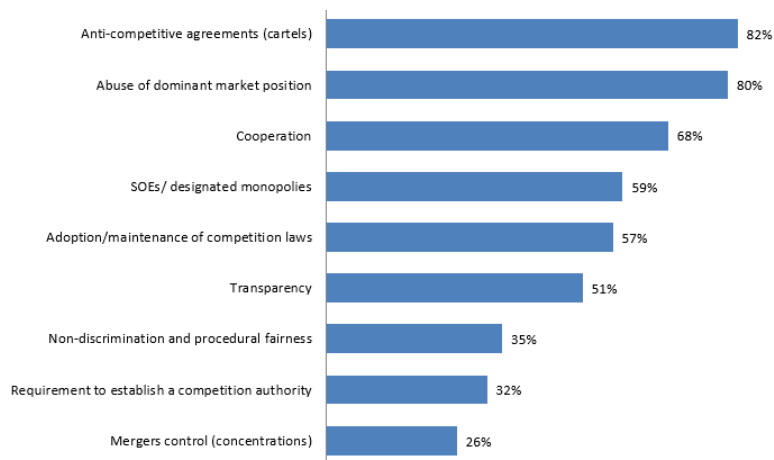
¹⁰³ Avant l'adoption du PTPGP, la question avait été peu abordée dans les ACR (voir la réflexion à ce sujet dans la section 3.3.4 et l'Encadré 4, *infra*).

3.3. Tour d'horizon des dispositions sur la politique de la concurrence contenues dans les ACR

50. Comme indiqué plus haut, 164 ACR (environ 55 % des 296 ACR notifiés à l'OMC et analysés par le Secrétariat de l'Organisation) contiennent des chapitres ou dispositions sur la politique de la concurrence. Le Graphique 3 ci-après présente l'éventail des aspects traités dans ces ACR.

51. La plupart d'entre eux énumèrent les pratiques anticoncurrentielles qui doivent être réprimées et/ou les mesures à prendre à cette fin (82 % contiennent des dispositions sur les accords anticoncurrentiels et l'abus de position dominante et 26 % des mesures sur le contrôle des fusions – plus souvent présentes dans les ACR récents). La plupart des ACR (68 %) contenant des chapitres sur la concurrence promeuvent la coopération en matière de politique de la concurrence et entendent faciliter la définition de principes relatifs à la concurrence et leur renforcement. Ces chapitres imposent également l'adoption ou le maintien en vigueur de lois sur la concurrence (57 %) et la création d'une autorité de la concurrence (32 % environ), ce qui est un moyen de favoriser la réalisation des objectifs précités. Les ACR conclus récemment consacrent de plus en plus souvent des « principes horizontaux » tels que la transparence (51 %), la non-discrimination et l'équité procédurale (35 %). La plupart d'entre eux abordent également la réglementation des entreprises publiques et monopoles désignés (59 % des ACR contenant un chapitre sur la concurrence).

Graphique 3. Aspects traités par des dispositions contenues dans les ACR qui contiennent un chapitre sur la concurrence



Source : SI-ACR de l'OMC.

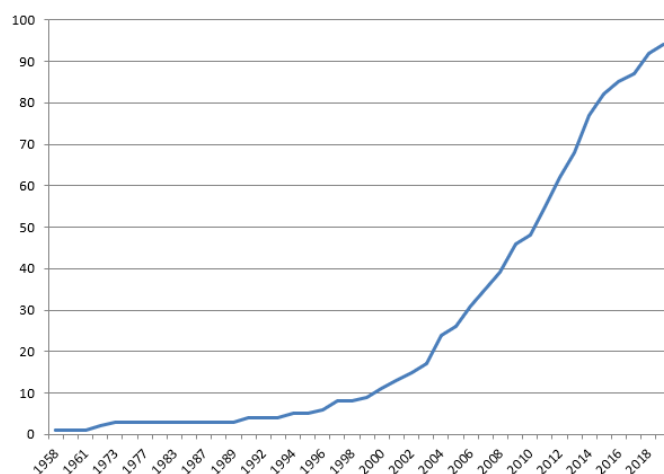
Légende (de haut en bas) : Accords anticoncurrentiels (ententes). Abus de position dominante. Coopération. Entreprises publiques/monopoles désignés. Adoption/maintien en vigueur de lois sur la concurrence. Transparence. Non-discrimination et équité procédurale. Contrôle des fusions (concentrations).

3.3.1. Importance de l'adoption ou du maintien en vigueur de lois sur la concurrence et de la création d'autorités de la concurrence

52. Plus de la moitié des ACR contenant des dispositions spéciales sur la concurrence exigent l'adoption ou le maintien en vigueur d'une législation sur la concurrence ou citent cette législation lorsqu'elle existe déjà. Les parties aux ACR ont commencé à inclure ces dispositions au début des années 1990, et le nombre d'accords en contenant a sensiblement augmenté après l'interruption des activités du Groupe de travail de l'OMC (voir la

section 2.1 *supra*). Entre 2004 et 2019, ce nombre a quasiment quadruplé (passant de 24 ACR en 2004 à 94 en 2019). Peut-être est-ce le signe que l'intégration régionale a contribué à la multiplication des régimes de concurrence dans le monde.

Graphique 4. Présence, dans les ACR contenant un chapitre sur la concurrence, d'une obligation d'adopter ou de continuer d'appliquer une législation sur la concurrence



Source : SI-ACR de l'OMC.

53. De manière générale, les ACR de type ALENA exigent des parties, non seulement qu'elles « adoptent ou continuent d'appliquer des mesures prohibant les comportements anticoncurrentiels », mais aussi qu'elles « exercent toute action appropriée à l'égard desdits comportements »¹⁰⁴. La plupart des ACR signés par l'UE ou les pays de l'AELE¹⁰⁵ imposent également l'adoption ou le maintien en vigueur de lois sur la concurrence. Outre cette obligation générale, ils exigent que ces lois permettent effectivement de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles¹⁰⁶. Certains des ACR signés par l'UE, notamment avec de potentiels candidats à l'accession, font obligation au pays signataire, non seulement d'adopter une législation sur la concurrence, mais aussi de veiller à la compatibilité de sa législation avec le droit de la concurrence de l'UE¹⁰⁷.

54. Environ 30 % des ACR imposent expressément aux parties la création d'une autorité de la concurrence. Cette disposition figure dans les ACR inspirés de l'ALENA ou du modèle européen, de même que dans ceux signés par des pays d'Asie et d'Amérique latine. Le pourcentage d'ACR exigeant que cette autorité soit indépendante est beaucoup plus faible (7 % seulement). Les accords qui prévoient cette obligation ont généralement

¹⁰⁴ Cette exigence se retrouve principalement dans les ACR conclus entre les États-Unis et les pays en développement qui n'ont pas de législation sur la concurrence ou en ont adopté une. Les ACR États-Unis-Pérou et États-Unis-Panama en sont des exemples. Le Canada exige l'adoption ou l'application de lois sur la concurrence, mais reconnaît aussi que « chaque partie conserve son indépendance dans l'élaboration et l'application de sa législation en matière de concurrence » (voir, par exemple, l'ACR Canada-Panama).

¹⁰⁵ Environ 65 % des accords signés par l'UE ou les pays de l'AELE.

¹⁰⁶ Voir, par exemple, l'ACR UE-Amérique centrale.

¹⁰⁷ C'est par exemple le cas des ACR UE-Moldova et UE-Ukraine.

été conclus entre l'UE et de potentiels candidats à l'accession¹⁰⁸. Dans les accords qui ne prévoient pas l'obligation d'adopter ou de maintenir en vigueur des lois sur la concurrence, cette absence s'explique généralement par le fait que les parties sont déjà dotées d'une législation sur la concurrence et d'une autorité de la concurrence¹⁰⁹.

3.3.2. *Pratiques anticoncurrentielles et « principes horizontaux » pris en compte dans les ACR*

55. Exception faite des ACR inspirés de l'ALENA et du PTPGP, la plupart des accords étudiés précisent quelles pratiques anticoncurrentielles doivent faire l'objet de mesures et/ou quelles mesures doivent être prises. La quasi-totalité des ACR qui contiennent un chapitre sur la concurrence citent expressément les accords anticoncurrentiels (82 %) et les abus de position dominante (80 %). À l'inverse, seulement 26 % de ces ACR environ citent les fusions anticoncurrentielles. Le contrôle des fusions est principalement cité dans les ACR impliquant des pays d'Asie (49 % d'entre eux contiennent des dispositions sur le contrôle des fusions)¹¹⁰, de même que l'UE et les pays de l'AELE (45 %). L'Australie et la Nouvelle-Zélande ont intégré des dispositions inédites en matière de fusions anticoncurrentielles dans le cadre de l'ANZCERTA en adoptant en 2006 un protocole de coopération en matière de contrôle des fusions qui définit formellement les pratiques à adopter par leurs autorités de la concurrence respectives dans ce domaine.

56. Par ailleurs, la moitié des ACR contenant des dispositions sur la concurrence disposent que toute mesure prohibant les comportements anticoncurrentiels des entreprises doit respecter le principe de transparence. Certains de ces accords citent expressément la transparence de l'application du droit de la concurrence et de l'exclusion du champ d'application de ce droit¹¹¹. Environ un tiers des ACR disposent que la mise en œuvre de la politique de la concurrence doit se faire dans le respect des principes « horizontaux », par exemple de la non-discrimination et de l'équité procédurale. Cette obligation se rencontre dans les ACR impliquant l'UE, l'AELE, le Canada, les économies d'Asie (Japon et Singapour) et certains pays d'Amérique latine (Pérou et Chili). Le PTPGP est l'un des accords les plus progressistes de ce point de vue, puisqu'il contient des dispositions ambitieuses et détaillées, inspirées des travaux du RIC et de l'OCDE¹¹², sur l'équité procédurale (droit à un conseil, droit d'invoquer un examen réalisé par un expert, entre autres).

¹⁰⁸ Voir par exemple les ACR UE-Monténégro et UE-Albanie.

¹⁰⁹ À noter que le PTPGP, dans sa disposition sur l'adoption et le maintien en vigueur de lois sur la concurrence, renvoie aux Principes de l'APEC visant à renforcer la concurrence et la réforme réglementaire adoptés en 1999 et énonçant un ensemble complet de principes que les réformes de la concurrence doivent respecter. Par ailleurs, le PTPGP contient une obligation d'adopter ou de maintenir en vigueur « des lois relatives à la protection des consommateurs ou d'autres lois ou règlements qui interdisent les activités commerciales frauduleuses et trompeuses ».

¹¹⁰ Pays de l'ASEAN, Japon, Corée et Singapour, par exemple.

¹¹¹ ACR UE-Canada par exemple.

¹¹² RIC, *ICN Guidance on Investigative Process*, 2015, consultable à l'adresse : <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1028.pdf> ; OCDE, Comité de la concurrence, *Procedural Fairness and Transparency*, 2012, consultable à l'adresse : <http://www.oecd.org/competition/abuse/proceduralfairnessandtransparency-2012.htm>, cité dans R. Michael Gadbow, « Competition Policy », in Cathleen Cimino-Isaacs et Jeffrey J. Schott (dir. pub.), *Trans-Pacific Partnership: An Assessment* (Peterson Institute for International Economics, 2016), p. 329.

3.3.3. *Coopération régionale en matière de politique de la concurrence*

57. La plupart des ACR consacrant un chapitre particulier à la concurrence contiennent diverses dispositions sur la coopération, même si l'étendue et l'ampleur de cette coopération sont variables. Environ 70 % de ces ACR citent expressément la coopération, l'échange d'informations et la consultation (concernant aussi bien l'application des dispositions ou chapitres sur la concurrence contenus dans les accords que des affaires particulières de pratiques anticoncurrentielles). Environ 50 % des accords prévoient des obligations de notification et de respect de la confidentialité, mais un tiers seulement des ACR contiennent des dispositions relatives à l'assistance technique en matière de concurrence. À noter que le PTPGP envisage, pour favoriser l'instauration d'une culture de la concurrence, des activités telles que l'échange d'informations et d'expériences dans le domaine de la promotion de la concurrence¹¹³.

3.3.4. *Applicabilité des chapitres sur la politique de la concurrence contenus dans les ACR*

58. Environ 34 % seulement des ACR contenant un chapitre sur la concurrence font pleinement entrer la politique de la concurrence dans le champ d'application de leurs procédures de règlement des différends. En font partie des ACR signés par l'UE ou l'AELE et certains ACR auxquels sont parties des pays de la CEI ou du MERCOSUR. D'autres accords excluent les chapitres sur la concurrence du champ d'application du mécanisme de règlement des différends, mais prévoient des consultations. C'est le cas de plus de la moitié (60 %) des ACR consacrant un chapitre à la concurrence.

59. Rares sont les ACR contenant un chapitre sur la concurrence qui font directement référence au droit d'engager une action privée (3 % seulement des accords ; il s'agit d'accords signés par l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, le Taipei chinois et certains pays d'Amérique latine, et du PTPGP)¹¹⁴. Ainsi, l'ACR signé entre la Nouvelle-Zélande et le Taipei chinois reconnaît que le droit d'engager une action privée constitue un complément important de l'action publique visant à faire respecter le droit de la concurrence et fait obligation aux parties à l'ACR de « garantir que les ressortissants de l'autre partie puissent exercer ce droit [...] dans des conditions qui ne soient pas moins favorables que celles consenties à leurs propres ressortissants »¹¹⁵.

¹¹³ Article 16.5 du PTPGP, note 83 *supra*.

¹¹⁴ L'ACR Nouvelle-Zélande-Taïpei chinois définit (article 5) ce droit comme le droit d'une personne de saisir de manière autonome un tribunal indépendant pour obtenir réparation d'un préjudice subi par son entreprise ou ses biens en raison d'une violation du droit de la concurrence d'une partie à l'ACR.

¹¹⁵ Article 5 de l'ACR Nouvelle-Zélande-Taïpei chinois.

Encadré 4. Le PTPGP et le droit d'engager une action privée

L'article 16.2 du PTPGP traduit une nouvelle approche de la protection de l'équité des procédures d'application du droit de la concurrence du point de vue des parties prenantes. L'accord dispose que chacune des parties s'engage à « adopter ou maintenir des lois ou d'autres mesures prévoyant un droit d'action privé indépendant », c'est-à-dire le droit de « demander réparation, y compris de la nature d'une injonction, de nature pécuniaire ou d'une autre nature »¹¹⁶. À ce propos, certains chercheurs jugent nécessaire de prévoir ce droit pour offrir une voie de recours indépendante, en particulier dans les pays où les autorités de la concurrence ne sont pas totalement à l'abri de l'influence du pouvoir politique. Ils considèrent que l'inclusion de cette disposition dans les accords « est sans précédent et ouvre de nouvelles perspectives dans le domaine du droit international de la concurrence¹¹⁷ ».

3.3.5. Réglementation des monopoles désignés et des entreprises publiques

60. Environ 74 % des ACR contenant des dispositions particulières sur la politique de la concurrence citent les entreprises publiques et les monopoles désignés, soit dans le chapitre consacré à la concurrence (dans 60 % des ACR contenant un tel chapitre), soit dans des dispositions figurant dans une autre partie de l'accord. Souvent, les chapitres spécialement consacrés aux entreprises publiques renferment des dispositions plus contraignantes que celles figurant dans le chapitre sur la politique de la concurrence¹¹⁸. Les ACR inspirés de l'ALENA disposent habituellement que les « entreprises publiques/monopoles désignés ne doivent pas exercer leurs activités de telle manière qu'elles entravent le commerce et l'investissement ». À l'inverse, les ACR inspirés du modèle de l'UE imposent concrètement aux entreprises publiques l'obligation de respecter le droit de la concurrence et de s'abstenir de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles.

61. Le chapitre du PTPGP sur les entreprises publiques (chapitre 17)¹¹⁹, en particulier, définit un ensemble complet de règles ambitieuses concernant la gestion des entreprises publiques afin d'encadrer leurs pratiques. Le chapitre de l'AEUMC portant sur les entreprises publiques contient des dispositions proches de celles figurant dans le PTPGP, mais certaines d'entre elles vont encore plus loin. Ainsi, en plus de définir les entreprises publiques sur la base de la détention, par l'État, du capital ou d'une participation majoritaire au capital, ce chapitre vise également des situations dans lesquelles l'État exerce un contrôle à travers la détention d'une participation minoritaire¹²⁰. À noter que les chapitres

¹¹⁶ Voir l'article 16.3 du PTPGP, note 83 *supra*.

¹¹⁷ Voir Gadbow, note 112 *supra*.

¹¹⁸ C'est par exemple le cas du chapitre contenu dans le PTPGP, voir la note 8375 *supra* et les paragraphes qui suivent.

¹¹⁹ Voir la note 75 *supra*.

¹²⁰ L'AEUMC définit une « entreprise appartenant à l'État » en ces termes : « une entreprise qui se livre principalement à des activités commerciales, et dans laquelle une Partie, selon le cas : (a) détient, directement ou indirectement, plus de 50 % du capital social ; (b) contrôle, au moyen d'une participation directe ou indirecte au capital, l'exercice de plus de 50 % des droits de vote ; (c) a le pouvoir de contrôler l'entreprise au moyen de toute autre forme de participation au capital, y compris une participation indirecte ou minoritaire ; ou (d) a le pouvoir de nommer la majorité des membres du conseil d'administration ou de tout autre organe de gestion équivalent ». Voir note 87 *supra*.

relatifs aux entreprises publiques contenus dans l'AEUMC et dans le PTPGP entrent dans le champ d'application du mécanisme de règlement des différends.

62. Dans l'ensemble, il apparaît que la politique de la concurrence et son importance pour le commerce sont habituellement prises en compte dans les ACR conclus par les différentes économies du monde. Par ailleurs, on observe depuis quelques années une augmentation du nombre d'ACR contenant des chapitres sur la concurrence, de même qu'une convergence entre les différentes approches régionales. Peut-être faut-il y voir le signe d'une prise de conscience croissante de la nécessité de disposer de règles communes dans ce domaine, laquelle pourrait elle-même s'expliquer par les difficultés que doivent affronter les membres de l'OMC dans le contexte de la mondialisation économique.

4. Difficultés auxquelles se heurte la politique de la concurrence dans l'économie mondiale et perspectives

63. Beaucoup de membres de l'OMC considèrent aujourd'hui que la concurrence joue un rôle essentiel dans le bien-être des citoyens, la croissance économique et le développement¹²¹. Il n'est donc guère surprenant que ce changement de conception des pouvoirs publics et de comportement économique se soit traduit par une augmentation rapide du nombre de régimes de concurrence ces dernières années. De surcroît, la dynamique de démonopolisation, de libéralisation et de privatisation observée dans certains secteurs, les progrès technologiques rapides et l'ouverture du commerce international ont libéré un potentiel économique sans précédent, avec les multiples conséquences qui s'ensuivent dans tous les pays¹²².

64. L'application du droit de la concurrence au-delà des frontières nationales a souvent d'importantes retombées, parfois très positives. Ainsi, les enquêtes et les poursuites engagées contre de vastes ententes par des juridictions développées ou en développement peuvent faire cesser des pratiques de fixation des prix et pratiques apparentées dans d'autres juridictions, même s'il ne s'agit pas là de leur objectif officiel. De même, le blocage d'une grande fusion internationale par une seule juridiction peut, dans certaines circonstances, empêcher que les consommateurs du monde entier ne subissent les effets préjudiciables qu'aurait eus l'opération¹²³.

¹²¹ Voir, par exemple, Nick Godfrey, *Why is Competition Important for Growth and Development?* (contribution présentée au Forum mondial de l'OCDE sur l'investissement, 27-28 mars 2008, consultable à l'adresse : at <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40315399.pdf>). Voir également Anderson et Müller, note 24 *supra*. Le Groupe de la Banque mondiale fournit un exemple très précis des conséquences négatives des pratiques anticoncurrentielles sur le bien-être économique dans les pays pauvres et du fait que l'application du droit de la concurrence pourrait être un moyen d'améliorer le niveau de vie, estimant qu'il suffirait de venir à bout des ententes concernant quatre produits de base (maïs, blé, volailles et produits pharmaceutiques) pour permettre à environ 200 000 personnes de sortir de la pauvreté (soit une diminution de 0.4 point de pourcentage du taux de pauvreté). Voir Jonathan Argent et Tania Begazo (2015), « Competition in Kenyan markets and its impact on income and poverty: a case study on sugar and maize », *World Bank Policy Research Working Paper n° 7179*.

¹²² Richard Whish et David Bailey, *Competition Law* (Oxford, 8^e édition, 2015), p. 4.

¹²³ OMC, note 4 *supra* ; Anderson et Jenny, note 4 *supra* ; Anderson et Holmes, note 4 *supra*.

65. Toutefois, cette application transfrontalière peut aussi avoir des retombées négatives. Si certaines autorités nationales concernées par des affaires de dimension internationale tentent, souvent avec succès, d'avoir une même analyse des pratiques des entreprises, il est également arrivé qu'elles adoptent des positions divergentes voire contradictoires, y compris dans des affaires retentissantes. Ainsi, une vision différente du contrôle des fusions entre fournisseurs de produits complémentaires a parfois conduit à l'adoption de décisions contradictoires par les juridictions impliquées¹²⁴.

66. La coopération en matière d'application du droit de la concurrence s'est considérablement renforcée depuis les années 1990, et le travail de promotion accompli par le RIC a permis une remarquable convergence des approches dans le domaine du contrôle des fusions. Il reste toutefois à savoir s'il est nécessaire de concevoir de nouvelles méthodes et de nouveaux outils de coopération internationale pour aider les autorités nationales de la concurrence à prendre les meilleures décisions possibles d'un point de vue économique. Même s'il est sans doute illusoire de viser une totale harmonisation, œuvrer au renforcement de la coopération entre autorités est plus nécessaire que jamais.

67. De surcroît, si la multiplication des régimes de concurrence observée dans le monde depuis quelques années a sans nul doute eu de nombreux effets positifs, il n'est pas impossible que les lois sur la concurrence ne soient pas toujours appliquées de manière transparente et impartiale. Il en va particulièrement ainsi dans les pays où l'État de droit est faible, où les droits procéduraux fondamentaux ne sont pas systématiquement garantis ou ne le sont pas de manière uniforme¹²⁵. C'est pourquoi diverses juridictions mènent des actions de promotion de la concurrence afin de tenter de remédier aux effets anticoncurrentiels observés lorsque le droit de la concurrence n'est pas appliqué de manière transparente, fiable et impartiale.

68. Les premières initiatives prises pour y remédier ont consisté à citer dans les ACR des normes relatives aux principes régissant l'application du droit de la concurrence. En outre, l'équité procédurale a été à l'ordre du jour de rencontres organisées dans des enceintes internationales comme l'OCDE¹²⁶, la CNUCED¹²⁷ et le RIC¹²⁸. De même, dans un récent rapport, l'*International Competition Policy Expert Group* (ICPEG) reconnaît l'importance du problème et préconise l'adoption, par l'OCDE et/ou d'autres organisations multilatérales, d'un code énonçant des garanties minimales en matière de procédure régulière ou d'équité procédurale et invitant d'autres organisations internationales à étudier les effets économiques positifs que pourrait avoir un meilleur respect des droits au procès équitable et à la

¹²⁴ Voir par exemple Eleanor Fox et D. A. Crane, *Antitrust Stories* (Foundation Press, 2007).

¹²⁵ ICC, Effective procedural safeguards in competition law enforcement proceedings, discussion paper, juin 2017, consultable à l'adresse : <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/07/ICC-Due-Process-Best-Practices-2017.pdf>.

¹²⁶ OCDE, *Procedural Fairness and Transparency* (2012), consultable à l'adresse : <http://www.oecd.org/competition/abuse/proceduralfairnessandtransparency-2012.htm>.

¹²⁷ CNUCED, version révisée des chapitres IX et X de la loi type sur la concurrence, 1^{er} mai 2019, consultable à l'adresse : https://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciclpL12_fr.pdf.

¹²⁸ RIC, *Competition Agency Transparency Practices* (2013), consultable à l'adresse : <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc892.pdf>.

transparence dans l'application du droit de la concurrence¹²⁹. Par ailleurs, en avril 2019, le comité directeur du RIC a approuvé à l'unanimité un cadre multilatéral sur les procédures destiné aux autorités de la concurrence du monde entier et visant à promouvoir l'équité procédurale en matière d'enquêtes et d'application du droit de la concurrence. Dernièrement, en juillet 2019, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence de la CNUCED a approuvé les Politiques et procédures directrices en vertu de la section F de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives (les politiques directrices), qui fournissent des directives pratiques pour la mise en œuvre de la coopération en matière de pratiques potentiellement anticoncurrentielles et de fusions ayant des effets transfrontaliers¹³⁰. Ces initiatives majeures révèlent toutes qu'un consensus international se dégage concernant l'importance des principes fondamentaux que sont la transparence et l'équité procédurale en matière d'application du droit de la concurrence.

69. Désormais, la politique de la concurrence est un instrument puissant, qui influe sur les échanges mondiaux, les conditions de l'innovation et les transferts de technologie, de même que sur l'exercice des DPI. Alors qu'il y a quelques décennies, la nécessité de rechercher un juste équilibre entre propriété intellectuelle et droit et politique de la concurrence n'intéressait et ne préoccupait que quelques pays développés, aujourd'hui, la question suscite également l'intérêt des pays en développement et économies émergentes (à tout le moins des pays du groupe BRICS)¹³¹. En témoignent l'adoption de lignes directrices et la mise en œuvre d'actions de promotion sur ces questions dans de nombreux pays. Parallèlement, les autorités de la concurrence des pays développés et émergents interviennent de manière offensive pour réprimer les abus de position dominante anticoncurrentiels qui ont également un impact sur les DPI et leur exercice¹³².

70. Cette multiplication de lignes directrices et d'actions, qui se trouvent à un stade plus ou moins avancé et sont observées dans un grand nombre de juridictions, témoigne certes d'un intérêt commun pour la question, mais risque aussi d'être à l'origine de divergences dans l'évolution des politiques voire de contradictions pures et simples. La politique en matière de propriété intellectuelle et (probablement) la politique de la concurrence exigent un minimum de coordination entre les pays. La raison en est que les mesures correctives imposées dans telle ou telle juridiction dans ce type d'affaires (exigeant, par exemple, des licences obligatoires) peuvent avoir des retombées sur d'autres juridictions (parce qu'elles facilitent l'accès à la technologie visée). Elles peuvent, au

¹²⁹ International Competition Policy Expert Group (ICPEG), *Report and Recommendations* (rapport établi avec le soutien de la Chambre du commerce des États-Unis), mars 2017, consultable à l'adresse : https://www.uschamber.com/sites/default/files/icpeg_recommendations_and_report.pdf.

¹³⁰ CNUCED, *Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, dix-huitième session, Genève, 10–12 juillet 2019: Agreed conclusions*, 12 juillet 2019, https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd2019_agreedconclusions_en.pdf. Les politiques directrices seront réexaminées lors de la Huitième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, qui doit se tenir en 2020. La version intégrale des politiques directrices peut être consultée à l'adresse : https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ccpb_comp1_%20Guiding_Policies_Procedures.pdf.

¹³¹ L'article 40 de l'Accord sur les ADPIC part du principe qu'un minimum de coopération est nécessaire entre les juridictions en matière de concurrence. Anderson *et al.*, note 41 *supra*, proposent une analyse intéressante sur ce point.

¹³² Voir Anderson *et al.*, note 41 *supra*.

minimum, avoir une incidence sur la motivation à investir dans des secteurs et marchés qui, de plus en plus souvent, sont mondiaux. La nécessité de définir des normes minimales pour protéger dûment les droits des innovateurs tout en encourageant la diffusion d'informations utiles à la collectivité et en empêchant le parasitisme est, à l'évidence, au nombre des raisons qui ont justifié l'adoption de l'accord sur les ADPIC¹³³.

71. Dans le même ordre d'idées, la concurrence sur les marchés numériques représente un défi particulier pour la politique de la concurrence et constitue donc un sujet de débats. Si la numérisation peut avoir d'importants effets proconcurrentiels, elle peut aussi entraîner des comportements d'éviction ou de collusion et limiter ainsi la concurrence¹³⁴. Sur ces marchés, la concurrence dépend de trois facteurs importants quasiment inexistantes sur les marchés traditionnels : les effets de réseau, le « changement d'échelle sans masse critique » et les coûts de transfert¹³⁵. En règle générale, ces facteurs favorisent la concentration du marché, confère des avantages de pionnier aux entreprises en place et créent des obstacles à l'entrée sur les marchés concernés. De surcroît, le traitement des mégadonnées peut donner lieu à des pratiques collusoires. L'analyse des mégadonnées peut en effet entraîner une fixation dynamique des prix au moyen d'algorithmes, ce qui a des effets semblables à ceux d'une coordination explicite (diminution de la production et hausse des prix) sans qu'il y ait eu entente à proprement parler¹³⁶.

72. Ces dernières années, plusieurs procédures d'envergure impliquant plusieurs grandes juridictions ont été engagées sur le terrain du droit de la concurrence en raison d'effets potentiellement anticoncurrentiels liés aux marchés numériques. Par ailleurs, dans plusieurs pays, les autorités de la concurrence consacrent une partie de leurs activités de promotion aux pratiques anticoncurrentielles caractéristiques de l'économie numérique. Dans ces affaires et dans d'autres, certaines autorités de la concurrence ont manifesté de manière claire leur volonté de se montrer plus offensives que leurs homologues d'autres juridictions de premier plan en ce qui concerne les pratiques d'éviction unilatérales¹³⁷, ce

¹³³ Voir, pour des informations pertinentes, Anderson, Müller et Taubman, note 49 *supra*.

¹³⁴ Voir également, Rapport sur le commerce mondial, 2018, pp. 153-157, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/news_f/news18_f/wtr_03oct18_f.htm.

¹³⁵ Voir David S. Evans et Richard Schmalensee, « Markets with two-sided platforms », in *Issues in Competition Law and Policy* (ABA Section of Antitrust Law), vol. 1, chapitre 28, 2008, pp. 667–693 ; Justus Haucap et Ulrich Heimeshoff (2014), « Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization? », *International Economics and Economic Policy*, vol. 11, n° 1-2, pp. 49-61. Voir également OCDE, *Key Issues for Digital Transformation in the G20*, 12 janvier 2017, consultable à l'adresse : <https://www.oecd.org/g20/key-issues-for-digital-transformation-in-the-g20.pdf>.

¹³⁶ OCDE, note 135 *supra*.

¹³⁷ Pour ce qui est des comportements unilatéraux, Makan Delrahim, actuel procureur général adjoint compétent en matière de droit de la concurrence aux États-Unis, préconise une approche qui s'appuie sur des faits probants et repose sur les théories existantes. Lorsque le préjudice à la concurrence et aux consommateurs ne peut être démontré, la division de la concurrence du ministère de la Justice est réticente à faire peser une responsabilité particulière sur les plateformes numériques de peur de brider l'innovation qui a entraîné une concurrence dynamique positive pour les consommateurs. Voir Makan Delrahim, procureur général adjoint, Antitrust Division, ministère de la Justice, *Good Times, Bad Times, Trust Will Take Us Far: Competition Enforcement and the Relationship Between Washington and Brussels*, discours prononcé au Collège d'Europe, Bruxelles, 21 février 2018, consultable à l'adresse : <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-college-europe-brussels>.

qui peut également avoir une incidence sur l'exercice des DPI¹³⁸. Il en découle un risque de manque de coordination, voire de décisions contradictoires¹³⁹.

73. Dans le secteur numérique peut-être plus que dans tout autre, la dimension transnationale des entreprises se traduit par le fait que les interventions visant à faire respecter le droit et la politique de la concurrence produisent des externalités entre juridictions, par exemple dans le cas où les pays n'ont pas la même position à l'égard des abus de position dominante et des fusions qui ont des effets sur plusieurs marchés nationaux¹⁴⁰. Bien que la coordination internationale dans ce domaine de la politique de la concurrence envisagé dans le contexte des marchés numériques soit sans doute encore relativement récente, certains membres de l'OMC reconnaissent déjà son importance et ont plaidé en faveur de l'ouverture de discussions prospectives dans les enceintes internationales compétentes¹⁴¹. Dernièrement, la question de la concurrence à l'heure de l'économie numérique a occupé une place importante dans les débats du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la

¹³⁸ Voir également Robert D. Anderson et William E. Kovacic, « The application of competition policy vis-à-vis intellectual property rights: the evolution of thought underlying policy change », à paraître in Anderson, Carvalho et Taubman (dir. pub.), note 41 *supra*, chapitre 2. Une version provisoire du texte peut être consultée à l'adresse : https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/wpaps_e.htm.

¹³⁹ Plus récemment, le procureur général adjoint compétent en matière de droit de la concurrence aux États-Unis a plaidé en faveur de la poursuite du dialogue dans ce domaine, relevant que « le droit de la concurrence européen met à la charge des acteurs du marché en position dominante une "responsabilité spéciale" [de protéger la concurrence], tandis qu'aux États-Unis, on ne pense pas qu'ils aient ce type de responsabilité ». Voir Makan Delrahim, procureur général adjoint, Antitrust Division, ministère de la Justice, *Take It to the Limit: Respecting Innovation Incentives in the Application of Antitrust Law*, discours prononcé à la Gould School of Law de l'Université de Californie du Sud (USC) – Application of Competition Policy to Technology and IP Licensing, Los Angeles, Californie, 10 novembre 2017, consultable à l'adresse : <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1010746/download>.

¹⁴⁰ Voir Richard A. Epstein et Michael S. Greve, « Chapter 1: Introduction, the Intractable Problem of Antitrust Jurisdiction », in Richard Allen Epstein et Michael S. Greve (dir. pub.), *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy* (AEI Press, 2004). Outre des externalités négatives (par exemple dans le cas où une décision prise par l'autorité de la concurrence d'un pays a des effets négatifs sur un autre pays ou sur les entreprises de ce pays), les interventions visant à faire respecter le droit de la concurrence peuvent évidemment avoir d'importantes externalités positives (par exemple lorsque la répression des ententes menée dans un pays profite également aux consommateurs des pays où les mêmes ententes produisaient également des effets).

¹⁴¹ Pour des exemples précis, voir Anderson *et al.*, note 1 *supra*. Les 22 et 23 mars 2018, durant la conférence du RIC, les représentants de plusieurs autorités de la concurrence ont insisté sur l'importance du rôle de la concurrence dans l'économie contemporaine, et en particulier dans le contexte du monde numérique. Il a été souligné qu'en raison de la numérisation et de la mondialisation, les autorités de la concurrence étaient de plus en plus souvent confrontées à différents types de marchés et à des modèles économiques en constante évolution. Tous les intervenants se sont accordés à reconnaître la nécessité de réaliser des études de marché pour mieux appréhender les marchés numériques. Voir RIC, *ICN Annual Conference, New Delhi, 2018 (communiqué de presse)*, consultable à l'adresse : <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1142.pdf> et <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1143.pdf>.

politique de la concurrence de la CNUCED, en juillet 2019¹⁴², et lors de la conférence des BRICS sur la concurrence, en septembre 2019¹⁴³.

74. Comme souligné plus haut, les membres de l'OMC s'intéressent depuis longtemps à l'influence des entreprises publiques sur les relations commerciales internationales. Actuellement, certaines entreprises publiques comptent parmi les premières multinationales par la taille et par la croissance¹⁴⁴ et sont présentes dans un large éventail de secteurs¹⁴⁵. Il est fréquent qu'elles bénéficient d'avantages consentis par l'État¹⁴⁶. Elles peuvent en outre être à l'origine d'effets anticoncurrentiels transfrontaliers susceptibles de pénaliser les entreprises privées et de constituer un problème du point de vue des politiques visant à favoriser le développement de marchés internationaux concurrentiels¹⁴⁷.

75. Dans une certaine mesure, ces problèmes sont pris en compte dans les dispositions sur les entreprises publiques contenues dans les ACR (voir la section 3.3.5 *supra*). Les règles de neutralité concurrentielle¹⁴⁸ introduites dans certains pays de l'OCDE sur la base des Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques constituent un autre outil¹⁴⁹. Par ailleurs, dans un récent rapport, l'ICPEG plaide en faveur de la création, au sein du RIC, d'un groupe de travail permanent sur les préjudices à la concurrence causés par les entreprises publiques et les entreprises qui sont soutenues

¹⁴² CNUCED, Questions de concurrence dans le contexte de l'économie numérique, note du Secrétariat de la CNUCED, 1^{er} mai 2019, consultable à l'adresse : https://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciclpd54_fr.pdf.

¹⁴³ Voir FAS, VI BRICS International Competition Conference, consultable à l'adresse : <https://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=54054>.

¹⁴⁴ OCDE, *State-Owned Enterprises as Global Competitors, A Challenge or an Opportunity?* (Éditions OCDE, Paris, 2016), p. 20, consultable à l'adresse : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264262096-en>.

¹⁴⁵ Secteurs de la finance, des services d'utilité collective (électricité, gaz, transports, distribution et communication), industrie manufacturière, métallurgie et extraction minière et secteur pétrolier, par exemple. *Id.*, p. 21.

¹⁴⁶ Przemyslaw Kowalski, Max Büge, Monika Sztajerowska et Matias Egeland, *State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications*, Documents de travail de l'OCDE sur la politique commerciale, n° 147, 2013. Consultable à l'adresse : <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5k4869ckqk7l-en.pdf?expires=1511739357&id=id&accname=guest&checksum=D34A0353C3890E6D9AC49B4B863DCD22>.

¹⁴⁷ Kowalski *et al.*, note 146 *supra*.

¹⁴⁸ Voir la définition de la neutralité concurrentielle donnée par le gouvernement australien dans un communiqué de 1996 (*Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement of 1996*, consultable à l'adresse : <https://treasury.gov.au/publication/commonwealth-competitive-neutrality-policy-statement/>), citée par Antonio Capobianco et Hans Christiansen, *Competitive neutrality and State-Owned Enterprises. Challenges and Policy Options* (2011), Documents de travail de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise n° 1, consultable à l'adresse : <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5ke9xfjgdhg6-en.pdf?expires=1524408615&id=id&accname=guest&checksum=60909921FBD2E60270817089608BE993>.

¹⁴⁹ OCDE, *Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques*, 2015, consultable à l'adresse : https://www.oecd-ilibrary.org/governance/lignes-directrices-de-l-ocde-sur-la-gouvernance-des-entreprises-publiques-2015_9789264244221-fr.

par l'État (sans être détenues par l'État)¹⁵⁰. Enfin, les différends dont est saisie l'OMC¹⁵¹ et les enquêtes sur les droits compensateurs menées par les autorités d'enquête nationales¹⁵² impliquant le fonctionnement des entreprises publiques peuvent être analysés comme le signe qu'il est jugé de plus en plus important de garantir la neutralité concurrentielle des entreprises publiques.

76. Globalement, en dépit des avancées à la fois indéniables et non négligeables qui sont accomplies, ce qui vient d'être exposé conduit à s'interroger sur les autres formes de coopération internationale qui pourraient garantir la transparence et le caractère non discriminatoire du cadre sur lequel repose l'application du droit de la concurrence dans l'économie mondiale contemporaine, tout en laissant suffisamment de place à l'innovation et à la diversité en matière de politiques et de réglementation au niveau national. Trois grandes conclusions se dégagent. Premièrement, ces dix dernières années, le RIC a su exploiter et développer les travaux grâce auxquels l'OCDE et la CNUCED avaient ouvert la voie à une meilleure compréhension de la politique de la concurrence dans le monde et s'est transformé en une incontournable plateforme internationale pour la coopération entre autorités nationales de la concurrence. À l'avenir, les travaux qui seront éventuellement menés à l'échelle multilatérale devront s'appuyer sur les travaux du RIC et des autres organisations (OCDE et CNUCED), et ces différentes activités devront s'enrichir mutuellement. Deuxièmement, compte tenu des activités menées par le passé par l'OMC, une reprise du dialogue dans ce contexte pourrait être utile à la formulation d'une stratégie internationale : même si ce dialogue permet simplement de dresser un état des lieux et n'a qu'une visée exploratoire, il viendra renforcer les travaux accomplis dans d'autres enceintes¹⁵³. Troisièmement, en termes d'organisation, il est tout à fait possible que les travaux de l'OMC s'appuient sur ceux menés dans ces enceintes.

5. Conclusion

77. Le présent document a permis d'examiner et d'analyser de nombreux aspects de l'application du droit de la concurrence et de la politique de la concurrence qui ont une importance pour le commerce international et l'économie mondiale. Comme annoncé en

¹⁵⁰ Rapport de l'ICPEG, note 129 *supra*.

¹⁵¹ Voir, par exemple, *Canada – Mesures régissant la vente de vin* (DS537), consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds537_f.htm ; et *Inde – Certaines taxes et autres mesures visant les vins et spiritueux importés* (DS380), consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds380_f.htm.

¹⁵² Par exemple, *Canada – enquête en matière de droits compensateurs concernant certaines tôles d'acier au carbone et tôles d'acier allié résistant à faible teneur, laminées à chaud, originaires ou exportées de Russie* (2015) : l'enquête concernait la question des entreprises publiques russes (Tribunal canadien du commerce extérieur, *Tôles d'acier au carbone et tôles d'acier allié résistant à faible teneur, laminées à chaud*, consultable à l'adresse : <http://www.citt.gc.ca/en/node/7451>). Bien que les disciplines sur les mesures compensatoires relèvent de l'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires, lequel ne fait pas l'objet d'un examen spécifique ici, ces exemples illustrent bien l'ampleur que peuvent avoir les conséquences de l'activité des entreprises publiques.

¹⁵³ Voir également à ce sujet : Eleanor M. Fox et Amedeo Arena, « The International Institutions of Competition Law: The Systems Norms », in Eleanor M. Fox et Michael J. Trebilcock (dir. Pub.), *The design of competition law institutions and the global convergence of process norms: The GAL competition project* (Oxford University Press, 2012).

introduction, aujourd'hui, la politique de la concurrence n'est plus considérée comme une affaire essentiellement nationale intéressant principalement les économies développées comme c'était le cas il y a une vingtaine d'années. Elle est au contraire devenue une composante essentielle du cadre juridique et institutionnel dans lequel fonctionne l'économie mondiale. Preuve parmi d'autres du rôle plus grand de la politique de la concurrence dans l'économie mondiale, en 1997, lorsque le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence s'est réuni pour la première fois, moins de 50 pays étaient dotés d'une législation nationale sur la concurrence ; aujourd'hui, environ 135 membres de l'OMC, soit plus des quatre cinquièmes des membres, disposent d'une législation de ce type. C'est notamment le cas de toutes les économies du groupe BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud) et de beaucoup d'autre pays en développement membres de l'OMC.

78. Les efforts déployés pour parvenir à un accord général sur la politique de la concurrence dans le cadre du système commercial international sont pour l'heure restés infructueux. Néanmoins, comme expliqué dans la partie 2, de nombreuses dispositions relatives à la politique de la concurrence figurent dans le GATT, dans l'AGCS, dans l'Accord sur les ADPIC, dans l'Accord sur les MIC et dans d'autres accords de l'OMC. La mise en œuvre de politiques de la concurrence efficaces est également indispensable pour que les avantages pouvant découler de l'adhésion à l'accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) se concrétisent. L'importance de la politique de la concurrence et sa signification pour le commerce mondial transparaissent également à travers les débats qui ont lieu dans le cadre du processus d'accession à l'OMC et des notifications présentées, de même qu'à travers les travaux de plusieurs instances de l'OMC, comme l'OEPC et le Conseil des ADPIC. Il est permis d'en déduire que les rédacteurs de ces accords et auteurs de ces initiatives considéraient qu'il existe un lien direct, principalement un lien de complémentarité, entre la politique de la concurrence et le système commercial international.

79. Par ailleurs, depuis 2004, des chapitres sur la concurrence ont été insérés dans un grand nombre d'ACR impliquant des pays développés, en développement et moins avancés. Cette tendance est indéniablement le signe de ce qu'une grande partie des membres de l'OMC estiment que la politique de la concurrence est importante pour le commerce. Ces dispositions révèlent également, à tout le moins sur le plan des principes, une forte convergence quant à la manière dont la politique de la concurrence pourrait être définie dans le contexte des accords commerciaux internationaux. Elles constituent donc un point de départ idéal pour établir un état des lieux au niveau multilatéral, voire pour formuler un modèle qui pourrait servir de référence dans ce domaine.

80. Parallèlement, certains aspects de l'application du droit et de la politique de la concurrence qui ont une incidence sur l'économie mondiale suscitent un intérêt croissant dans les enceintes internationales. Ces aspects, présentés dans la section 4 sont notamment les suivants :

- la dimension internationale des affaires de droit de la concurrence, les externalités qui en découlent et le risque de conflits de compétence ;
- une préoccupation croissante des entreprises multinationales à l'égard de la non-discrimination, de la transparence et de l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence à l'échelle mondiale ;
- le rôle plus grand de la politique de la concurrence vis-à-vis des DPI dans l'économie mondiale ;

- le risque de formation de monopoles et la question de la préservation de la concurrence dans les marchés numériques ; et
- les questions en lien avec les entreprises publiques, le rôle de la politique industrielle et la préservation de la neutralité concurrentielle dans les économies émergentes.

81. Tous ces aspects ou évolutions concernent par définition les intérêts de multiples pays et/ou ont un effet direct sur les marchés internationaux et sur les conditions de l'offre. Ils constituent donc à première vue des sujets qu'il pourrait être intéressant d'analyser dans le contexte du système commercial international quand les membres de l'OMC estimeront que le moment est venu.

82. De fait, comme évoqué également dans ce document, les activités menées par le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence entre 1997 et 2003, de même que le travail colossal accompli (à l'époque et depuis lors) au sein du RIC, de l'OCDE, de la CNUCED et d'autres organisations, constituent sans nul doute une base solide pour examiner ces aspects. Bien qu'aucun consensus ne se soit dégagé à l'époque sur la nécessité de parvenir à un accord plus général sur la politique de la concurrence au sein de l'OMC, et même si le Groupe de travail de l'OMC est actuellement « inactif », ce groupe continue d'exister et pourrait servir d'espace de réflexion sur ces questions si les membres de l'OMC estiment que c'est utile et opportun.

83. Les questions et évolutions examinées ici sont à l'évidence complexes et toute initiative dans ce domaine exige réflexion. Selon nous, dans tout dispositif international, il convient de veiller à préserver voire à *renforcer* les exigences opérationnelles et l'indépendance des organes chargés de faire respecter la loi¹⁵⁴. Peut-être faut-il simplement encourager la poursuite du dialogue sur ces questions dans les enceintes internationales qui sont ou ont déjà été actives. Pour contribuer à ce dialogue de manière utile, objective et relativement consensuelle, l'OMC pourrait recueillir de manière systématique des informations actualisées sur le cadre juridique et les instruments en place dans les pays membres de l'OMC, offrir des possibilités d'échange de pratiques, notamment dans les domaines situés à l'interface entre commerce et concurrence, et des possibilités de coopération (y compris avec d'autres organisations internationales) en matière de renforcement des capacités fondé sur l'expérience¹⁵⁵.

84. Au-delà de ces perspectives, le choix des voies à suivre à l'avenir suppose d'autres discussions. L'analyse présentée ici a au moins démontré que les questions en jeu sont importantes et auront des conséquences pour le commerce, la prospérité et le développement au niveau national comme international, que la coordination dans ce domaine est plus nécessaire que jamais et que les pays développés et émergents disposent de bases solides pour mener une réflexion « sur le terrain » s'ils le jugent utile et quand ils estimeront que le moment est venu.

¹⁵⁴ L'idée d'exiger et de renforcer l'indépendance des fonctions permettant de faire respecter la loi n'est certainement pas étrangère à l'OMC. Ainsi, l'une des avancées de l'AMP réside dans le fait qu'il exige de chaque gouvernement partie la mise en place d'une autorité indépendante et impartiale pour examiner les recours (en cas de plainte de fournisseurs) (article XVIII de l'AMP).

¹⁵⁵ Comme indiqué plus haut, les programmes d'assistance technique proposés par l'OMC révèlent que les pays en développement du monde entier sont très demandeurs de ce type de renforcement des capacités reposant sur l'expérience dans le domaine du commerce et de la concurrence (voir la section 2.3).