

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/WGTCP/W/221
6 février 2003

(03-0774)

**Groupe de travail de l'interaction du commerce
et de la politique de la concurrence**

Original: anglais

PRINCIPES FONDAMENTAUX DANS LE CONTEXTE DU SYSTÈME COMMERCIAL ET DANS CELUI DE LA LÉGISLATION SUR LA CONCURRENCE

Le présent document est la version finale d'un document reçu du Secrétariat de l'OCDE qui a été distribué sous forme de document de séance à la réunion du Groupe de travail des 26 et 27 septembre 2002.

RÉSUMÉ

La Déclaration ministérielle de Doha préconisait un examen de l'application des trois "principes fondamentaux" de transparence, non-discrimination et équité au plan de la procédure dans le contexte de l'interaction entre commerce et politique de la concurrence. Le présent document examine chacun de ces principes, d'abord tels qu'ils figurent dans les Accords de l'OMC, puis dans l'optique de la mise en application de la politique de la concurrence. Le Groupe conjoint de l'OCDE sur les échanges et la concurrence (Groupe conjoint) a effectué certains travaux préliminaires sur ce sujet; ils constituent la base du présent document. À ce jour, les travaux du Groupe conjoint ont établi que des principes fondamentaux comme ceux cités ci-dessus sont appliqués de façon très différente dans les divers Accords de l'OMC, et que leur application dans le cadre de la mise en œuvre de la législation sur la concurrence est susceptible de présenter la même souplesse.

Transparence

Le principe fondamental de transparence dans le système commercial multilatéral recouvre deux grandes obligations: i) publier, ou du moins mettre à la disposition du public, l'ensemble des lois, règlements et décisions, ii) notifier diverses formes d'action gouvernementale au Secrétariat de l'OMC et aux autres Membres de l'OMC. La transparence est importante dans le cadre du système commercial multilatéral pour diverses raisons. Elle fournit des informations essentielles aux opérateurs quant aux conditions dans lesquelles peuvent intervenir les transactions commerciales et elle facilite la surveillance du respect des obligations posées par l'OMC. Les obligations de publication sont très vastes; par exemple, l'article X:1 du GATT porte sur l'ensemble des "lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale" ayant trait aux diverses questions couvertes par l'Accord. Cette obligation de publication ne semble cependant pas s'étendre aux décisions judiciaires ou administratives à caractère individuel. Une exception commune et essentielle aux dispositions sur la transparence figurant dans les Accords de l'OMC concerne les informations à caractère confidentiel.

Les lois relatives à la concurrence sont généralement rédigées dans des termes généraux, sous forme d'un cadre, et sont appliquées techniquement au cas par cas. Une véritable transparence dans ce domaine suppose, dès lors, que l'on ne se contente pas de rendre publics les lois et règlements applicables. En outre, le champ d'application de la politique de la concurrence est diversifié et recouvre les entreprises, les consommateurs individuels, les universitaires, les autorités réglementaires et les responsables gouvernementaux ainsi que le public au sens large. Les besoins en information de chacun de ces groupes en matière de transparence peuvent être très différents. Le Groupe a précédemment étudié le principe de transparence dans le cadre de la mise en application de la législation sur la concurrence. Il est parvenu à la conclusion que la pratique commune dans les pays membres consistait, pour l'autorité en charge de la concurrence, à publier sous diverses formes les lois et règlements applicables, les décisions individuelles de cette instance ainsi que des explications des stratégies et procédures en vue de la mise en œuvre de la législation.

Non-discrimination

Le principe fondamental de non-discrimination dans le système commercial multilatéral est concrétisé par deux principes clés: traitement national et traitement de la nation la plus favorisée. En vertu du traitement national, un Membre de l'OMC ne doit pas placer en situation de désavantage concurrentiel les produits, services ou personnes d'autres Membres de l'OMC par rapport à ses propres produits, services ou personnes. En vertu du traitement de la nation la plus favorisée, tout avantage conféré à un Membre s'agissant des produits, services ou personnes d'un autre État Membre sera automatiquement étendu à l'ensemble des Membres. Une caractéristique intéressante du cadre de l'OMC, en particulier dans le contexte d'un débat sur la pertinence de la non-discrimination pour la législation sur la concurrence, est que le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée sont mis en œuvre différemment dans les différents Accords de l'OMC. Cela s'explique par la nécessité de prendre en compte les différents contextes dans lesquels les principes seraient appliqués. Une telle souplesse sera également importante si une forme quelconque de disciplines relatives à la législation sur la concurrence est négociée à l'OMC.

Les principes de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée peuvent se trouver contredits par la discrimination *de jure* ou *de facto*. On parle de discrimination *de jure* lorsque des mesures nationales établissent une distinction formelle sur la base de l'origine, qui impliquent un désavantage pour les produits ou services étrangers. La discrimination *de facto* tient à l'existence de mesures nationales qui n'établissent pas de distinction explicite sur la base de l'origine mais qui, une fois appliquées, se traduisent effectivement par une discrimination sur cette base. Une discrimination dans l'application de la législation sur la concurrence pourrait se faire jour à l'occasion de l'octroi d'exemptions à certaines entreprises des dispositions interdisant les ententes et les abus de position dominante. Elle peut aussi survenir lors de l'application d'une façon discriminatoire de certaines considérations "de politique publique" à l'analyse généralement effectuée en fonction d'une "règle de bon sens". Dans le contexte de l'application de la législation sur la concurrence, une discrimination *de facto* sert plutôt à décrire une situation dans laquelle une entreprise nationale bénéficie d'un traitement plus favorable qu'une entreprise étrangère dans un cas particulier ou dans deux cas apparemment comparables. Il est cependant très difficile de déterminer si c'est le résultat d'une discrimination à l'encontre de l'entreprise étrangère ou si cela peut simplement traduire le fait que les deux entreprises en question se trouvent dans des situations différentes pour la bonne raison qu'il n'existe pas deux cas absolument semblables en matière d'application de la législation sur la concurrence.

Équité au plan de la procédure

Si le principe d'"équité au plan de la procédure" paraît plus fortement ancré dans le domaine de la politique de la concurrence que celui de la politique commerciale, il existe diverses dispositions des Accords de l'OMC qui sont étroitement liées à ce principe. Ces dispositions comportent deux

éléments: i) les exigences de procédures équitables dans le cadre de délibérations administratives et judiciaires; et ii) la capacité de réviser les décisions administratives et judiciaires. Par exemple, l'article X:3 du GATT prévoit que chaque Membre de l'OMC appliquera ses lois, règlements, décisions judiciaires et administratives "de façon uniforme, impartiale et raisonnable", ce qui recouvre le fait de maintenir ou de mettre en place des tribunaux ou procédures judiciaires, administratifs ou d'arbitrage afin de "réviser et de rectifier dans les moindres délais les mesures administratives". Certains Accords de l'OMC, comme l'Accord sur les ADPIC et l'Accord sur les marchés publics, introduisent également une possibilité limitée pour des personnes privées de faire valoir leurs droits dans le cadre du système commercial multilatéral en requérant des dispositions relatives à l'équité des procédures au plan national.

Le principe d'équité en matière de procédure est important pour la mise en œuvre de la législation sur la concurrence, domaine impliquant de nombreux participants dont les intérêts diffèrent. Ils recouvrent des entreprises ou des hommes d'affaires qui sont défendeurs dans des procédures de mise en œuvre de l'organisme en charge de la concurrence. Ils doivent être précisément informés des charges qui pèsent contre eux et pouvoir bénéficier de procédures équitables et impartiales de la part de l'organisme en charge de la concurrence ainsi que d'une possibilité de faire appel. Il existe également des victimes ou plaignants privés auxquels des comportements anticoncurrentiels ont porté préjudice. Cette catégorie peut recouvrir des entreprises comme des clients individuels. Ils doivent pouvoir saisir l'organisme en charge de la concurrence et chercher à obtenir une réparation appropriée soit auprès de cet organisme, soit devant un tribunal. Enfin, il existe un dernier groupe recouvrant les demandeurs ou témoins dans des procédures menées par l'autorité en charge de la concurrence ainsi que le public au sens large, qui a également certaines exigences en matière d'équité de procédure.

I. INTRODUCTION

1. Le présent document traite des questions liées aux trois "principes fondamentaux" de transparence, non-discrimination et équité au plan de la procédure à la fois dans le cadre du système commercial multilatéral et dans celui de la mise en œuvre de la législation sur la concurrence. La Déclaration ministérielle de Doha expose un certain nombre de domaines sur lesquels le Groupe conjoint de l'OMC sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence devrait se pencher en priorité d'ici la tenue de la prochaine Conférence ministérielle de l'OMC. L'un des quatre éléments les plus importants figurant au paragraphe 25 de la Déclaration préconisait "la clarification des éléments suivants: principes fondamentaux, y compris la transparence, la non-discrimination et l'équité au plan de la procédure".¹ Les travaux sur les principes fondamentaux sont également conformes au programme de travail du Groupe conjoint de l'OCDE sur les échanges et la concurrence, dont le mandat inclut l'analyse des questions abordées à Doha dans l'optique de la prochaine Conférence ministérielle de l'OMC. En tant que telle, une clarification de la façon dont les trois principes fondamentaux de transparence, non-discrimination et équité au plan de la procédure pourraient être appliqués à un cadre multilatéral sur la concurrence est l'un des éléments spécifiques du programme de travail du Groupe conjoint.

2. Rappelons que ce n'est pas la première fois que le Groupe conjoint travaille sur les principes fondamentaux dans le contexte des interactions entre commerce et concurrence. En particulier, le chapitre 3 de *Politique de la concurrence et des échanges: Options pour une plus grande cohérence* a relevé que le recours aux principes fondamentaux constituait l'une des approches envisageables pour

¹ Conférence ministérielle de l'OMC, Déclaration ministérielle, OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 (20 novembre 2001).

l'élaboration de règles dans ce domaine.² Le présent document s'appuie, en partie, sur les travaux précédents traitant de la transparence, de la non-discrimination et de l'équité au plan de la procédure.

3. Une grande partie des premiers travaux du Groupe conjoint dans ce domaine portaient également sur la terminologie des "principes fondamentaux". Il avait été souligné à cette occasion que le terme de "principes fondamentaux" ne constitue pas une caractérisation juridique ou une hiérarchie, mais recouvre plutôt de grands objectifs figurant dans une large gamme d'Accords de l'OMC. En outre, comme l'illustre le présent document, la forme que ces principes adoptent dans ces divers accords, ainsi que les obligations qu'ils impliquent, sont très largement adaptées au domaine de l'accord auquel ils se rapportent. Dès lors, lorsque l'on examine la possibilité d'appliquer ces principes fondamentaux, il importe de garder à l'esprit que la forme qu'ils pourraient adopter en définitive et les obligations qu'ils impliquent ne sont pas déterminées par les précédents juridiques ou historiques. De fait, à mesure que le GATT s'écarterait de son domaine d'action traditionnel, c'est-à-dire le commerce des biens, pour traiter divers aspects de la réglementation des autorités, les approches relatives aux principes fondamentaux se sont considérablement adaptées. De même, les caractéristiques spécifiques du domaine de la politique de la concurrence pourraient impliquer qu'une évolution progressive est également requise.

4. Le présent document doit constituer une introduction à la tâche plus vaste, et autrement plus difficile, qui consiste à incorporer ces trois principes à un éventuel cadre multilatéral sur la concurrence. Les sections suivantes examinent chacun de ces principes, d'abord tels qu'ils figurent dans les Accords de l'OMC, puis tels qu'ils sont exprimés et utilisés dans le cadre de la mise en application de la législation sur la concurrence.

II. TRANSPARENCE

Dans les Accords de l'OMC

5. Le principe fondamental de transparence dans le système commercial multilatéral comporte deux éléments: i) l'obligation de publier, ou du moins de rendre publics l'ensemble des lois, règlements et décisions applicables; et ii) la notification de diverses formes d'action gouvernementale à l'OMC et aux autres Membres.³

6. Il convient de noter que l'obligation de publication s'accompagne souvent de dispositions relatives à une gestion impartiale de ces réglementations et d'un droit de réviser les décisions prises en vertu de ces réglementations. Comme ces obligations ont plus directement trait au principe d'"équité de la procédure", elles seront examinées dans la section correspondante de ce document.

7. Les dispositions sur la transparence des trois principaux Accords de l'OMC sont les suivantes:

- i) GATT: article X (Publication et application des règlements relatifs au commerce);
- ii) AGCS: article III (Transparence); et
- iii) ADPIC: article 63 (Transparence).

² Cf. OCDE (2001), *Politique de la concurrence et des échanges: Options pour une plus grande cohérence*, OCDE Paris, pages 28-58.

³ Pour une discussion plus détaillée des principes fondamentaux dans le cadre du système commercial multilatéral, se reporter à OMC, "Les principes fondamentaux de l'OMC: le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence", Doc. de OMC WT/WGTCP/W/114 (14 avril 1999), document sur lequel repose l'essentiel des développements exposés dans la présente note.

La plupart des autres accords qui constituent l'Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC (Accords de l'Annexe 1A) contiennent également une obligation de publication.

8. Les principales dispositions relatives à la notification figurant dans l'AGCS et dans l'Accord sur les ADPIC se trouvent dans les articles III et 63 respectivement, bien que dans ces deux cas, il existe d'autres dispositions prévoyant des notifications dans des cas particuliers. Les dispositions en matière de notification contenues dans le GATT et dans d'autres accords ayant trait au commerce de biens sont nombreuses et fort diverses puisqu'il existe plus de 165 différentes obligations et procédures de notification.

9. Les obligations de notification posées par l'OMC ont un vaste champ d'application, puisqu'elles imposent la notification de la législation de mise en œuvre et de toute modification apportée à cette législation. Certaines dispositions imposent une notification périodique, comme des rapports semestriels sur les mesures compensatoires et mesures antidumping, tandis que d'autres notifications ne doivent intervenir que lorsqu'une mesure commerciale particulière est décidée ou envisagée, comme une mesure de sauvegarde. D'autres encore ne doivent avoir lieu que sur une base non récurrente, par exemple au moment de l'entrée en vigueur des Accords de l'OMC.

10. Dans une perspective d'application de la législation sur la concurrence, il convient de prendre en considération *dans quelle mesure* le principe de transparence, tel que posé par l'OMC, pourrait s'étendre à des décisions judiciaires ou de mise en œuvre relatives à la concurrence. En vertu de la jurisprudence de l'OMC, l'obligation de publication ne semble pas s'étendre aux décisions administratives ayant trait à des particuliers ou des entités spécifiques. C'est du moins la conclusion à laquelle a abouti ce groupe spécial dans le cas *Japan – Film*, qui avait trait à une réclamation concernant une prétendue violation de l'article X:1 du GATT du fait de la non-publication de certaines mesures de mise en œuvre prises par la *Japan Fair Trade Commission* et les conseils locaux sur l'équité de la concurrence.⁴ Il a cependant noté que "dans la mesure où la prescription énoncée à l'article X:1 s'applique à l'ensemble des décisions administratives d'application générale, elle devrait également s'appliquer aux décisions administratives dans les cas particuliers où celles-ci établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir".⁵ Comme la mise en application de la législation sur la concurrence repose généralement sur une approche de règle de bon sens, la question a été soulevée de savoir si des décisions individuelles présentent une valeur générale, étant donné qu'elles contiennent un raisonnement qui pourrait présenter une importance dans d'autres cas à l'avenir.⁶

11. Les dispositions sur la transparence figurant dans le GATT, l'AGCS et l'Accord sur les ADPIC contiennent des exceptions spécifiant clairement que les États Membres ne sont pas tenus de divulguer des informations confidentielles dans des circonstances variées. Ainsi, le GATT X:1 stipule que son obligation de publication "n'impose à aucune partie contractante de divulguer des informations confidentielles qui feraient obstacle à l'application de la législation ou seraient contraires à l'intérêt public ou porteraient atteinte aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises tant

⁴ De même que les "directives" administratives données par les bureaux régionaux du ministère du commerce et de l'industrie, les autorités préfectorales gouvernementales et locales concernant la loi sur les grands magasins et réglementations locales pertinentes, Cf. Rapport du Groupe spécial sur le Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs Doc. de l'OMC WT/DS44/R (31 mars 1998).

⁵ Rapport du groupe spécial sur le Japon: Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, Doc. de l'OMC WT/DS44/R (31 mars 1998) paragraphe 10.388.

⁶ Cf. Communication de la Suisse, "Les pratiques anticoncurrentielles et le commerce: l'incidence des principes fondamentaux", Doc. de l'OMC WT/WGTCP/W/89 (27 août 1998), paragraphes 8, 9 et 14.

publiques que privées". On trouve des clauses similaires à l'article IIIbis de l'AGCS, à l'article 63:4 de l'Accord sur les ADPIC et dans nombre d'autres Accords figurant à l'Annexe 1A.

Dans le contexte de la législation sur la concurrence

12. La législation sur la concurrence doit être mise en œuvre de façon claire et transparente. La transparence constitue un impératif essentiel pour la mise en application de tout ensemble de lois, mais présente une importance particulière pour la législation sur la concurrence, celle-ci étant souvent rédigée de façon générale, sous forme de cadre, et étant techniquement appliquée sur la base du cas par cas. Ainsi, s'il est indispensable de publier et de mettre à la disposition de tous les opérateurs la législation sur la concurrence elle-même ainsi que ses textes d'application, une véritable transparence en matière de mise en œuvre de la législation sur la concurrence va beaucoup plus loin – elle suppose que l'autorité en charge de la concurrence rende publics non seulement le raisonnement sur lequel s'appuient ses décisions et les procédures par lesquelles elle parvient à ces décisions. Ces informations devraient être rendues publiques sous diverses formes afin d'être accessibles et de pouvoir être comprises par l'ensemble des parties intéressées.

13. Trois champs d'application de la législation sur la concurrence ont été identifiés: 1) les entreprises, y compris les experts, comme les juristes qui les conseillent; 2) les victimes potentielles de comportements anticoncurrentiels, y compris ceux qui porteraient plainte auprès de l'instance en charge de la concurrence ou lui fourniraient des informations; et 3) le public au sens large – les citoyens dont la compréhension et la participation à une application éclairée de la législation sur la concurrence sont nécessaires à la création d'une "culture de la concurrence" qui est à la base d'une économie de marché efficiente. Les membres de ces différents groupes peuvent à tout instant se recouper, mais chaque groupe a des exigences spécifiques en matière de transparence.

Les entreprises

14. Les entreprises et les chefs d'entreprise occupent potentiellement une situation de défendeurs dans des procédures de mise en œuvre de la législation sur la concurrence. La plupart d'entre eux sont désireux de se conformer à la législation. Dès lors, les entreprises ont besoin de connaître le contenu de la loi, les procédures de mise en application et les moyens d'éviter une violation de ses dispositions. Les entreprises ont également besoin de bien appréhender la législation sur la concurrence d'un pays afin de prendre des décisions d'investissement intelligentes. Ainsi, il est au moins aussi important pour les chefs d'entreprise de savoir ce qui est licite en vertu de la législation sur la concurrence que de savoir ce qui est interdit. Les besoins des entreprises sont de nature technique et ils englobent également une bonne compréhension de la législation, des théories et stratégies qui la sous-tendent et de ses modalités d'application. On trouvera ci-dessous une liste des attributs de la transparence qui seraient utiles à cet égard:

- un accès à la législation sur la concurrence et à tous ses règlements d'application;
- un accès aux décisions de jurisprudence de l'autorité en charge de la concurrence et, le cas échéant, des tribunaux et instances judiciaires, y compris la justification analytique et juridique des décisions;
- une compréhension des théories et analyses appliquées par l'autorité de la concurrence, les tribunaux et instances judiciaires dans la mise en application de la législation;
- une compréhension des procédures d'enquête et d'exécution appliquées par l'autorité en charge de la concurrence, tribunaux et instances judiciaires; et

- le cas échéant, des orientations fournies par les autorités chargées de faire respecter la concurrence dans des cas particuliers sur l'application de la législation à certains comportements.

Victimes ou plaignants potentiels

15. Les entreprises font également partie de ce groupe, mais il englobe aussi des particuliers qui ont pu subir des pertes du fait de comportements anticoncurrentiels ou qui souhaitent déposer une plainte concernant des violations suspectées de la législation sur la concurrence. Ceux qui se trouvent dans cette situation n'ont pas obligatoirement besoin d'avoir une compréhension technique de la législation et de ses modalités de mise en œuvre, mais ils doivent au moins être sensibilisés à la législation et aux droits et obligations qu'elle implique. Voici quels sont leurs besoins:

- une sensibilisation à la législation, une compréhension de la façon dont elle les protège et si, dans une situation donnée, ils peuvent être en droit de réclamer une compensation ou de déposer une plainte; et
- une identification des ressources qu'implique une assistance en vue de se conformer à la législation ou d'obtenir un redressement du préjudice subi, y compris les modalités d'accès à l'autorité en charge de la concurrence à cette fin.

Le public au sens large

16. Il s'agit d'un groupe très divers – entreprises, consommateurs, universitaires, autorités réglementaires et responsables gouvernementaux. Leurs besoins d'information sur la législation sur la concurrence sont également très divers. Les universitaires et les responsables gouvernementaux peuvent avoir besoin d'une information très vaste et technique sur la mise en œuvre de la législation. Les besoins des consommateurs individuels sont généralement beaucoup plus limités –comme dans le second groupe ci-dessus, ils portent sur la sensibilisation à la législation et la façon dont elle les protège. Cependant, considéré collectivement, ce groupe constitue le champ d'application permettant de déterminer si la législation sur la concurrence est efficace ou non. Ainsi, le public au sens large a besoin d'être initié au fait que des marchés concurrentiels sont indispensables au bon fonctionnement d'une économie de marché et de comprendre comment la concurrence contribue au bien-être des consommateurs.

17. L'application du principe de transparence dans la politique de la concurrence doit être tempérée par la nécessité de protéger certaines informations sensibles contre une divulgation indue. Les "secrets industriels", ou les informations "confidentielles internes à une entreprise" qui sont acquis auprès de sujets de l'enquête ou de parties tierces au cours d'une enquête pourraient, s'ils parvenaient à des concurrents, causer un préjudice au détenteur de l'information sur le marché. Un informateur qui fournit sous le sceau du secret des informations aux enquêteurs à l'occasion d'une enquête sur une question de concurrence pourrait subir un dommage économique ou physique si son identité était divulguée. La stratégie des autorités consistant à encourager communications et délibérations sans restrictions entre agents en charge de l'application de la législation et entre client et conseil pourrait être compromise si ces communications étaient rendues publiques. Dès lors, les législations de pratiquement tous les pays imposent des contrôles sur la divulgation de ces types d'information.

18. Cependant, ces contrôles ne sont pas nécessairement absolus. Un défendeur dans une procédure a besoin d'avoir un accès suffisant aux informations figurant dans les dossiers de l'agence en charge de la concurrence afin de pouvoir répondre aux allégations. Dans une affaire ou une procédure officielle, le public est habilité à disposer d'autant d'information que possible en l'espèce,

conformément au principe fondamental de transparence. Ainsi, une divulgation limitée d'informations qui seraient autrement jugées confidentielles pourrait intervenir dans ce cas. Les informations confidentielles peuvent être divulguées aux représentants légaux d'une partie dans une procédure et à quelques responsables de l'entreprise en question, avec des instructions de ne pas divulguer ces informations à d'autres ou de les utiliser dans la conduite de leurs propres opérations. Il peut exister deux versions d'un dossier dans une affaire ou une procédure, l'un contenant l'ensemble des preuves et un second, "public" dont les informations confidentielles ont été ôtées ou agrégées de façon à masquer les informations sensibles concernant des entités spécifiques.

19. Le Groupe conjoint de l'OCDE sur les échanges et la concurrence a précédemment étudié le principe de transparence dans le contexte de la politique de la concurrence, et il a conclu que les politiques suivantes sont présentes, à des degrés divers, dans l'ensemble des pays membres de l'OCDE.⁷

Lois

- Les lois et règlements applicables sont publiés dans une source autorisée, comme un journal officiel. D'autres méthodes de dissémination de l'information, comme l'Internet, sont utilisées le cas échéant.

Décisions de jurisprudence

- Les décisions de l'autorité en charge de la concurrence et des tribunaux résolvant ou expédiant une affaire ou une procédure sont publiées sans retard, comme les décisions des autorités révisant ces décisions.
- Les décisions publiées présentent le raisonnement suivi par l'autorité qui les a prises et les faits pertinents, à moins qu'ils ne soient protégés par des règles sur la confidentialité. Le dossier sur lequel repose une décision est disponible pour pouvoir être inspecté par les parties concernées, sous réserve de protection des informations confidentielles.

Politique de mise en œuvre

- Les déclarations relatives à la politique de mise en œuvre, les commentaires sur la législation ou autres directives concernant la mise en œuvre sont publiées, en particulier pour les aspects de la législation faisant l'objet de décisions au cas par cas.
- Des directives supplémentaires dans des dossiers particuliers, notamment par le biais d'"avis consultatifs", sont disponibles et publiées le cas échéant, sous réserve de la protection des informations confidentielles.
- Les communiqués de presse, témoignages, discours et autres sources d'information sur la politique de mise en œuvre sont publiés.

⁷ OCDE (2000), "Moyens à la disposition des personnes privées au titre du droit de la concurrence", Doc. de l'OCDE, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, COM/DAFFE/CLP/TD(2000)24/FINAL.

Enquêtes

- Les procédures administratives d'enquête sont publiées, y compris les normes qui régissent l'ouverture ou la clôture d'enquêtes.

Procédures

- Les droits et obligations importants en matière de procédure sont codifiés et publiés.

Délai de publication

- La publication des informations doit intervenir le plus rapidement possible.

III. NON-DISCRIMINATION

Dans les Accords de l'OMC

20. Le principe fondamental de non-discrimination dans le système commercial multilatéral trouve son expression dans les dispositions relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée. Le traitement national est exposé dans les dispositions suivantes des trois principaux Accords de l'OMC:

- i) GATT: article III⁸;
- ii) AGCS: article XVII; et
- iii) Accord sur les ADPIC: article 3.

21. De la même façon, le principe de la nation la plus favorisée est contenu dans les trois principaux Accords de l'OMC, dans les dispositions suivantes:

- i) GATT: article premier;
- ii) AGCS: article II; et
- iii) Accord sur les ADPIC: article 4.

22. Les principes de traitement national et de nation la plus favorisée sont également incorporés dans la plupart des autres Accords figurant à l'Annexe 1A.

23. Les exigences découlant du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée peuvent être enfreintes par la discrimination *de facto* ou *de jure*. La discrimination *de jure* a trait aux mesures qui opèrent expressément une discrimination en fonction de l'origine. La discrimination *de facto* concerne des mesures nationales qui ne contiennent aucune référence explicite à l'origine. En d'autres termes, elles sont neutres dans leur libellé. Toutefois, lorsqu'elles sont appliquées, ces mesures opèrent une discrimination sur la base de l'origine. Par exemple, l'organe d'Appel a établi qu'une loi japonaise imposant une taxe plus élevée sur le whisky que sur le shochu impliquait une

⁸ L'article III:4 est tout particulièrement pertinent puisqu'il requiert le traitement national pour toutes lois, tous règlements ou toute prescription concernant la vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur.

discrimination *de facto*.⁹ Même sans faire allusion à l'origine, la plupart des whiskies étaient importés tandis que le shochu était produit au Japon. Étant donné qu'il s'agissait de produits analogues, la loi était discriminatoire. La discrimination *de jure* est donc plus facile à déceler que les cas de discrimination *de facto*. Bien que la discrimination *de facto* et le caractère inéquitable de la procédure¹⁰ puissent toutes deux se traduire par une "discrimination" à l'encontre des entreprises étrangères, il s'agit de deux concepts distincts. À la différence des violations de l'équité en matière de procédure, la discrimination *de facto* peut intervenir même si une mesure est appliquée d'une façon uniforme, impartiale et raisonnable.

Objectifs clés

Traitement national

24. Le traitement national exige qu'un Membre de l'OMC ne place pas les biens, services ou personnes des autres Membres de l'OMC dans une situation de désavantage concurrentiel vis-à-vis de ses propres biens ou services ou nationaux. L'objectif du GATT, au moins lors de sa négociation initiale en 1947, était le contrôle et la libéralisation des mesures aux frontières restreignant le commerce international. Un principe fondamental est que, en règle générale, toutes les mesures aux frontières donnant un avantage aux produits domestiques devraient passer par les tarifs douaniers et que le niveau de ces tarifs douaniers devrait être un sujet de négociation et devait être intégré dans les calendriers nationaux. Dans ce cadre, l'article III sur le traitement national joue un rôle essentiel puisque, son paragraphe 1 est conçu pour garantir que toutes les autres mesures considérées comme des "mesures intérieures" ne s'appliquent pas aux produits importés ou domestiques de manière à protéger la production nationale. Il sert ainsi l'objectif de garantir que les mesures intérieures ne sont pas utilisées pour annuler ou restreindre l'effet des allègements douaniers et autres règles multilatérales applicables aux mesures aux frontières.

25. Dans le domaine du commerce des services, les mesures intérieures sont particulièrement pertinentes puisque, aux termes de l'AGCS, le commerce des services inclut la prestation de service par le biais d'une présence commerciale (qui peut comprendre l'investissement direct étranger). L'approche choisie dans l'AGCS est de ne pas faire du traitement national un principe d'application générale mais de prévoir qu'il sera appliqué quand un engagement spécifique est contracté et enregistré dans les calendriers nationaux qui constituent une partie de l'Accord. Ainsi qu'il est stipulé dans l'article XIX de l'AGCS, le champ des calendriers a été progressivement élargi par le biais des séries successives de négociations commerciales dans une perspective d'un niveau progressivement plus important de libéralisation – de la même façon que le commerce des biens a été progressivement libéralisé par des négociations commerciales successives.

26. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, le traitement national a traditionnellement été la pierre angulaire du droit international public, notamment tel que reflété par les Conventions de Paris et de Berne.¹¹ L'Accord sur les ADPIC n'est pas différent dans ce domaine que les principales conventions préexistantes, pour ce qu'il stipule et les principales dispositions propres qu'il intègre. Avec quelques exceptions relativement mineures, le traitement national s'applique à tous les aspects de la protection de la propriété intellectuelle visés par l'Accord.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel, Japon – Taxes sur les boissons alcoolisées, Doc. de l'OMC WT/DS8,10,11/AB/R (1^{er} novembre 1996).

¹⁰ Une discussion du principe d'équité au plan de la procédure débute au paragraphe 49.

¹¹ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 828 U.N.T.S. 221 (signée le 14 juillet 1967) article 5; Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 11851 UNTS (No 11851) 305 (signée le 14 juillet 1967) article 2.

Traitement de la nation la plus favorisée

27. La norme de la nation la plus favorisée (NPF) est décrite de façon quelque peu différente dans les trois principaux Accords de l'OMC. Le GATT emploie le langage traditionnel en se référant à l'obligation d'étendre "immédiatement et inconditionnellement" à tous les Membres de l'OMC "tout avantage, faveur, privilège ou immunité" accordé par un Membre. L'Accord sur les ADPIC utilise la même formulation que le GATT. L'AGCS se réfère à une norme de "traitement non moins favorable" pour exprimer son obligation de traitement de la nation la plus favorisée. La signification de cette formulation pour le traitement de la nation la plus favorisée est largement équivalente à celle utilisée dans le GATT et l'Accord sur les ADPIC.

Principales exceptions

Traitement national

28. Le champ d'application des obligations de traitement national en vertu du GATT et de l'AGCS est limité à plusieurs titres. En particulier, l'exigence figurant dans le GATT est limitée aux mesures "internes" et l'exigence correspondante posée par l'AGCS est tributaire d'engagements spécifiques dont le calendrier est établi par l'État Membre lui-même. En outre, il existe un certain nombre d'exceptions autorisées au principe du traitement national en vertu de ces deux Accords. Sans viser à une totale exhaustivité, et sans décrire les cas d'espèce souvent compliqués s'agissant de leur application, il convient de noter les exceptions suivantes:

- a) Les marchés publics de biens et services (article III:8 a) du GATT et article XIII de l'AGCS). Il convient de noter, toutefois que 25 Membres de l'OMC ont souscrit des engagements réciproques de traitement national dans le cadre de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics.
- b) Des exceptions générales couvrant des questions comme les mesures nécessaires à la protection de la moralité publique ou à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ou nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements non incompatibles avec les dispositions de l'accord en question (article XX du GATT et article XIV de l'AGCS).
- c) Les exceptions concernant la sécurité (article XXI du GATT et article XIV^{bis} de l'AGCS).

29. Comme mentionné plus haut, s'agissant du champ de l'Accord sur les ADPIC, l'obligation de traitement national figurant dans cet Accord est relativement vaste. Néanmoins, lorsqu'il existe des exceptions à ce principe au titre des grandes conventions préexistantes sur la propriété intellectuelle, elles sont également permises en vertu de cet Accord, par exemple la notion de "comparaison des termes" dans le domaine des droits d'auteur et, sous réserve de certaines mesures de sauvegarde supplémentaires dans l'Accord sur les ADPIC, les dispositions relatives aux procédures judiciaires et administratives en matière de propriété industrielle. En outre, s'agissant des artistes, producteurs de phonogrammes et organismes de radiodiffusion, l'obligation de traitement national ne s'applique qu'en ce qui concerne les droits prévus dans l'Accord sur les ADPIC.

Traitement de la nation la plus favorisée

30. Il existe également un certain nombre d'exceptions ou réserves à l'application du principe de la nation la plus favorisée. Elles recouvrent les exceptions de nature générale et les exceptions ayant trait à la sécurité évoquées ci-dessus en liaison avec le traitement national. En outre, s'agissant du GATT, d'importantes exceptions au principe de la nation la plus favorisée sont autorisées pour les

unions douanières et les accords de libre-échange (article XXIV), ainsi que des préférences au bénéfice de et entre pays en développement (Clause d'habilitation).¹²

31. En vertu de l'AGCS, les Membres sont habilités à enregistrer, sur une base non-récurrente, une liste d'exemptions à la norme de traitement de la nation la plus favorisée. Ces exemptions sont soumises à révision cinq ans après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC et, en principe, elles ne doivent pas dépasser une durée de dix ans.¹³ L'AGCS prévoit également une exception au traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les accords d'intégration économique, sous réserve de certaines conditions, (article V) et exempte de ses règles les droits relatifs au transport aérien et les services ayant directement trait à leur exercice ainsi que des mesures prises pour des motifs prudentiels dans le secteur des services financiers.¹⁴

32. Les principales exceptions au traitement de la nation la plus favorisée permises par l'Accord sur les ADPIC ont trait aux accords internationaux sur l'assistance judiciaire ou la mise en application de la législation de nature générale et ne se limitant pas à la protection de la propriété intellectuelle; situations prévues dans la Convention de Berne ou la Convention de Rome autorisant un traitement sur la base de celui accordé dans un autre pays; droits des artistes, producteurs de phonogrammes et organismes de radiodiffusion non prévus dans l'Accord; et traitement en vertu d'accords préexistants qui ont été notifiés et ne constituent pas une discrimination arbitraire ou injustifiable. En outre, une exception est autorisée pour les systèmes d'enregistrement internationaux conclus sous les auspices de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

Dans la législation sur la concurrence

33. Il existe de nombreuses situations dans lesquelles pourraient se faire jour des problèmes de discrimination à l'occasion de l'application des lois la concurrence. Les développements ci-après constituent une tentative de recensement et de description de plusieurs d'entre elles, sans proposer aucune réponse sur le point de savoir si, dans le cadre d'un éventuel cadre multilatéral sur la concurrence, elles constitueraient effectivement une discrimination. Parmi les deux composantes de la non-discrimination – traitement national et traitement de la nation la plus favorisée – il semblerait que le traitement national soit le plus pertinent dans le contexte de l'application de la législation sur la concurrence.

La non-discrimination dans le contexte de la mise en œuvre de la législation sur la concurrence: aspects relatifs à la procédure

34. L'application des principes de non-discrimination aux aspects de procédure s'agissant de la mise en œuvre de la législation sur la concurrence semblerait relativement simple. Les règles de procédure – pour la saisine de l'instance en charge de la concurrence, pour engager et participer à des enquêtes, des affaires et des recours, etc. – devraient s'appliquer également à toutes les parties, quelle que soit leur nationalité. À cet égard, la transparence renforce la non-discrimination. La transparence est particulièrement importante pour les étrangers, qui ne seraient sans cela pas aussi au fait des procédures et coutumes nationales que leurs contreparties dans le pays concerné. La

¹² Parties contractantes, traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement, Doc. du GATT L/4903, BISD 26S/203 (28 novembre 1979).

¹³ La plupart des exemptions concernent les domaines des services maritimes, de transport et audiovisuels.

¹⁴ Annexes à l'AGCS sur les services de transport aérien et les services financiers.

non-discrimination renforce également le principe d'équité de la procédure. En ce sens, les trois principes fondamentaux sont liés les uns aux autres.

La non-discrimination dans la mise en œuvre sur le fond

35. Les problèmes sont ici beaucoup plus complexes. Une phrase souvent citée exprime le concept de non-discrimination dans la mise en œuvre de la législation sur la concurrence: "La législation protège la concurrence, pas les agents engagés dans le processus concurrentiel." Si ce principe était rigoureusement et impartialement appliqué, la discrimination pourrait rencontrer peu d'obstacles. Il n'est toutefois pas facile de passer du général au particulier dans ce cas.

Discrimination de jure et de facto

36. Ces deux concepts pourraient être appliqués à la mise en œuvre de la législation sur la concurrence de la même façon qu'ils s'appliquent dans un contexte d'échanges commerciaux. Ainsi, on parlerait d'une discrimination *de jure* lorsque la législation sur la concurrence ou les dispositions annexes notamment celles créant des exemptions, établissent une distinction expresse fondée sur l'origine nationale qui place les entreprises étrangères dans une situation de désavantage concurrentiel. La discrimination *de facto* interviendrait dans le cas de lois, apparemment neutres, qui une fois appliquées opèrent une discrimination à l'encontre des entreprises étrangères. Un exemple de discrimination *de facto* a été identifié dans le contexte des échanges commerciaux avec le dossier du whisky cité plus haut. Elle pourrait se faire jour dans le contexte de la mise en œuvre de la législation sur la concurrence dans le cas d'une exemption par rapport aux dispositions de la législation, les entreprises éligibles étant définies de façon à exclure, en pratique, mais non expressément les entreprises étrangères.

37. Dans le cadre de la législation sur la concurrence, le concept de discrimination *de facto* est également utilisé d'une autre façon, pour décrire une situation dans laquelle une entreprise nationale bénéficie d'un traitement plus favorable qu'une entreprise étrangère dans un cas particulier ou entre deux cas. Dans un cas impliquant une entente à caractère international, par exemple, une entreprise étrangère aurait pu remplir les conditions pour bénéficier du programme de tolérance d'un pays, à l'exclusion d'entreprises étrangères (la tolérance ne bénéficie souvent qu'à la première entreprise "ayant franchi la porte"). Il se peut que les entreprises étrangères aient reçu des amendes plus élevées que les entreprises nationales, en dépit du fait que les deux groupes semblaient avoir joué des rôles similaires dans le complot. Une fusion entre deux entreprises étrangères aurait pu être refusée, tandis qu'une opération similaire faisant intervenir deux entreprises nationales aurait pu être approuvée. Un comportement d'exclusion par une entreprise étrangère aurait pu être considéré comme un abus de position dominante, tandis qu'un comportement similaire de la part d'une entreprise nationale pourrait ne pas avoir été condamné. Un comportement d'exclusion par une entreprise nationale occupant une position dominante à l'encontre d'une autre entreprise nationale aurait pu être condamné tandis que le même comportement vis-à-vis d'une entreprise étrangère aurait pu ne pas être sanctionné.

38. Les résultats différents auxquels on aboutit pour les entreprises étrangères dans les exemples précédents pourraient découler d'une discrimination des décideurs à l'encontre des entreprises étrangères. Ou bien, ils pourraient simplement traduire l'existence de situations différentes. Un traitement différent dans ces circonstances ne serait pas discriminatoire si les faits le justifient. Ainsi, il pourrait être difficile d'établir de façon formelle la raison pour laquelle on aboutit à des résultats différenciés. Dans un autre contexte, un groupe spécial a établi que le système de règlement des différends de l'OMC n'était pas "destiné à fonctionner comme un mécanisme servant à déterminer la compatibilité de telle ou telle décision judiciaire ou administrative d'un Membre avec ses propres législations et pratiques nationales; cette fonction est réservée au système judiciaire de chaque

Membre et les groupes spéciaux de l'OMC seraient particulièrement mal placés pour la remplir".¹⁵ Dès lors, il peut s'avérer peu souhaitable, dans le contexte de l'OMC, d'appliquer la notion de discrimination *de facto* au cas par cas telle qu'elle est utilisée dans le contexte de la législation sur la concurrence.

39. On trouvera ci-dessous quelques exemples de discrimination pouvant intervenir à l'occasion de l'application de la législation sur la concurrence autres que celle relevant du cas par cas.

Les ententes

40. Dans de nombreux pays, il existe des exemptions de forme variée à l'interdiction des ententes. Le secteur de l'agriculture est l'un des principaux bénéficiaires de ces exemptions. Les organisations syndicales et l'activité de négociation collective sont presque partout exemptées. Les fournisseurs de certains services professionnels peuvent bénéficier d'exemptions totales ou partielles. Les entreprises détenues par l'État ne sont pas soumises à la législation sur la concurrence dans certains (mais pas tous) pays, et certaines activités commerciales menées par les administrations, au niveau tant national que local, peuvent bénéficier d'une exemption. Dans certains pays, des "ententes de crise" et des ententes impliquant des petites et moyennes entreprises sont autorisées dans certaines circonstances. Si ces exemptions sont uniquement permises pour les entreprises nationales, elles constituent, dans leurs modalités, une discrimination.¹⁶

41. La législation de certains pays crée des exemptions pour ce que l'on appelle de façon générique les "ententes à l'exportation". En général, ces législations exemptent des dispositions à l'encontre des ententes contenues dans la législation sur la concurrence les comportements anticoncurrentiels d'associations ou de groupements d'exportateurs dont les effets se limitent aux exportations. Le premier élément à souligner au sujet de la législation sur les ententes à l'exportation est que les accords conclus aux termes de ladite législation n'ont pas tous des effets négatifs sur la concurrence. Ils peuvent contribuer, en renforçant l'efficacité, à des effets favorables à la concurrence pour les exportations du pays d'origine, et ainsi, plutôt que pénaliser les consommateurs dans les pays importateurs, se révéler bénéfiques pour ceux-ci.¹⁷

42. Mais dans la mesure où de tels accords sont pénalisants pour la concurrence sur les marchés à l'exportation, on pourrait se demander à juste titre si les lois qui les autorisent ne sont pas discriminatoires. Dans le sens le plus large, elles pourraient apparaître ainsi, puisque ces accords

¹⁵ Groupe spécial de l'OMC sur les États-Unis – Mesures antidumping visant les tôles d'acier inoxydable en rouleaux et les feuilles et bandes d'acier inoxydable en provenance de Corée, Doc. de l'OMC WT/DS179/R (22 décembre 2000) paragraphe 6.50. Dans la Communication de la Communauté européenne et de ses États membres, "Un accord-cadre multilatéral sur la politique de la concurrence", Doc. de l'OMC WT/WGTCP/W/152 (25 septembre 2000), La Communauté et ses membres ont reconnu ce fait: "Nous ne suggérons donc pas d'appliquer dans un accord sur la concurrence le concept de discrimination *de facto*. La raison en est que, dans un contexte de droit de la concurrence, un tel concept soulève des questions complexes s'agissant des politiques de mise en œuvre suivies par les autorités de la concurrence, y compris la façon dont la législation sur la concurrence est appliquée dans des cas particuliers."

¹⁶ Certains tenants d'un accord-cadre multilatéral proposent que le principe de non-discrimination ne s'applique pas aux exemptions sectorielles, et qu'elles ne soient soumises qu'à une obligation de transparence. Cf. Rapport (2001) du Groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence au Conseil général, paragraphe 21.

¹⁷ Cf., Dick, A.R. (1992), "Are Export Cartels Efficiency-enhancing or Monopoly-promoting: Evidence from the Webb-Pomerene Experience", Vol. 14, *Research in Law and Economics*, Greenwich, CT, pages 89-127.

tendraient à pénaliser les consommateurs étrangers mais pas les consommateurs nationaux. À cela, on peut répondre simplement que les lois sur la concurrence ne sont pas destinées à protéger les consommateurs étrangers et, en effet, de nombreux pays, sinon la plupart, considéreraient qu'ils n'ont pas compétence pour protéger les consommateurs étrangers en vertu de leurs propres législations sur la concurrence. Dans un autre sens, les "exemptions" relatives aux ententes à l'exportation apparaissent semblables à toutes les autres: une certaine catégorie d'accords a été exemptée, pour des raisons d'intérêt général, de la législation sur la concurrence. Dans le contexte de ce débat, qui consiste à déterminer si de telles lois pourraient être discriminatoires et non à évaluer si elles sont globalement plutôt avantageuses ou pénalisantes, la question que l'on pourrait poser à juste titre est la suivante: l'exemption est-elle permise à toutes les entreprises en concurrence sur le marché national une base non discriminatoire ?

43. En conclusion, alors que dans certains pays la création d'une entente est, juridiquement ou en pratique, illégale en soi, dans d'autres pays elle doit être considérée dans le contexte des avantages susceptibles d'en résulter. Il semble ici que la discrimination sous une forme quelconque soit tout particulièrement possible, étant donné que de tels avantages sont souvent exprimés en termes d'incidence sur l'économie nationale. Ce sujet est traité plus en détail ci-après, dans les opérations de fusion et autres atteintes à la règle de bon sens.

Abus de position dominante

44. Certains des problèmes qui se posent s'agissant de la discrimination en matière de mise en œuvre de la législation à l'encontre des ententes pourraient s'appliquer également aux cas d'abus de position dominante. Cela concerne en particulier les exemptions. Une entente à caractère monopolistique détenue par l'État ou bénéficiant de son aval pourrait être exemptée de poursuites au titre d'un comportement pour lequel une entreprise étrangère serait sanctionnée. Mais, comme dans le cas des ententes dans certains pays, l'analyse de l'abus de position dominante peut prendre en compte des avantages non liés à la concurrence qui pourraient être appliqués de façon discriminatoire, comme on le verra ci-dessous.

Fusions et autres atteintes à la règle de bon sens

45. Dans de nombreux pays, la législation applicable aux fusions et autres atteintes à la règle de bon sens prévoient que, en général uniquement dans des cas exceptionnels, les opérations ayant une incidence anticoncurrentielle excessive, peuvent néanmoins être approuvées si l'on parvient à prouver qu'elle se traduira par des avantages de nature à compenser ses effets négatifs. Ainsi, la législation de certains pays applique un test large d'"avantages pour le public" à l'analyse d'une fusion en autorisant, en théorie, la prise en compte de la presque totalité des incidences de cette opération, y compris son incidence sur la concurrence. D'autres lois sont plus spécifiques, énumérant les différents facteurs à prendre en considération. Plusieurs ont trait à la "politique industrielle": capacité concurrentielle au niveau international, promotion des exportations, sécurité nationale, développement technique (R&D), et promotion de l'emploi. D'autres facteurs non liés à la concurrence qui sont pris en compte dans certains pays sont les avantages induits pour le consommateur (hormis l'augmentation du "bien-être des consommateurs", qui est un concept employé dans l'analyse de la concurrence), l'intégration de marché, la promotion des PME, la promotion de la diversité dans la structure de l'actionnariat des media, la promotion de la diversité de la détention d'actifs, en particulier parmi les catégories précédemment défavorisées, et le "progrès social".

46. On peut probablement affirmer que dans tous les cas, ces facteurs ne sont considérés comme pertinents que dans la mesure où ils s'appliquent à l'économie nationale. Existe-t-il une possibilité de discrimination dans l'application de ces critères? Il semblerait que ce soit le cas. La politique industrielle apparaît fondamentalement associée avec la promotion des entreprises nationales au détriment des entreprises étrangères. Cela vaut certainement aussi pour la "sécurité nationale", par

exemple. Certains pays favorisent la diversité de la structure financière des media, ce qui pourrait être interprété comme une exclusion de la détention par des capitaux étrangers à un niveau ou un autre.

Coopération internationale et courtoisie positive

47. Il a été proposé qu'un éventuel cadre multilatéral sur la concurrence contienne une disposition sur la coopération internationale en matière de mise en application des règles de la concurrence. Une telle coopération pourrait recouvrir une coopération dans des cas spécifiques, via l'échange d'informations ayant trait aux différents cas concernés, sous réserve des lois nationales protégeant les informations confidentielles, et des échanges d'informations et d'expérience à caractère général ainsi que des analyses conjointes des problèmes relatifs à la concurrence au niveau mondial.¹⁸ Un tel accord pourrait également contenir une disposition prévoyant le recours à la courtoisie positive – le fait pour un pays d'accepter de considérer attentivement et avec bienveillance toute requête d'un autre pays en vue de remédier à des comportements anticoncurrentiels existant dans le pays sollicité et affectant les intérêts du pays demandeur.¹⁹

48. On pourrait se demander si le principe de la nation la plus favorisée s'appliquerait à une telle initiative. En d'autres termes, un pays ayant conclu un accord de coopération bilatéral avec un autre serait-il tenu de faire bénéficier des mêmes conditions toutes les autres parties à un éventuel cadre multilatéral sur la concurrence? On sait pertinemment qu'un pays peut tresser des liens de coopération beaucoup plus étroits avec certains partenaires qu'avec d'autres en matière de politique de la concurrence. Ces relations évoluent avec le temps entre les pays ayant développé une confiance mutuelle et des relations de travail étroites. Il est généralement admis que le traitement de la nation la plus favorisée ne devrait pas s'appliquer aux accords de coopération.

IV. ÉQUITÉ SUR LE PLAN DE LA PROCÉDURE

Dans les Accords de l'OMC

49. Le principe d'"équité au plan de la procédure" est plus fortement ancré dans le domaine de la politique de la concurrence que dans celui de la politique commerciale. Certes, les débats sur les principes fondamentaux de l'OMC au sein du Groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence ont généralement été limités à des domaines comme le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence.²⁰ Néanmoins, différentes dispositions des Accords de l'OMC sont étroitement liées au principe d'équité au plan de la procédure.

¹⁸ Cf. Communauté européenne, *supra*, et également la communication de la Communauté européenne et de ses États membres, "A WTO Competition Agreement and Development", Doc. de l'OMC WT/WGTCP/W/175 (26 juillet 2001).

¹⁹ Cf., OCDE (1999), "Rapport du CLP sur la courtoisie positive", Doc. de l'OCDE, Comité sur le droit et la politique de la concurrence, DAF/CLP(99)19.

²⁰ OMC, "Les principes fondamentaux de l'OMC: le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence", Doc. de l'OMC WT/WGTCP/W/114 (14 avril 1999) constitue une illustration à cet égard, en limitant sa discussion sur les principes fondamentaux de l'OMC aux trois domaines traditionnels. Dans le Doc. de l'OMC, "Trading Into the Future: The Introduction to the WTO – Principles of the Trading System" http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm, le Secrétariat de l'OMC inclut une libéralisation des échanges par le biais de la négociation et la prévisibilité par le biais [d'engagements] contraignants comme des principes fondamentaux, mais pas l'équité au plan de la procédure.

50. Il convient de noter que le concept d'"équité au plan de la procédure" est formulé de différentes façons, puisque dans certains pays, il s'énonce ainsi: "garanties données par la loi" ou "justice naturelle". Cependant, dans les trois principaux Accords de l'OMC, ce concept intègre deux éléments communs, l'obligation d'une procédure loyale et équitable dans le cadre des procédures judiciaires et administratives et la possibilité de révision des décisions administratives.

51. Les principales dispositions relatives à l'équité de la procédure dans les Accords de l'OMC sont les suivantes:

- i) GATT: article X – qui contient des dispositions sur une application uniforme, impartiale et raisonnable des mesures commerciales et la possibilité de révision des décisions prises en vertu de celles-ci²¹;
- ii) AGCS: en particulier l'article VI; et²²
- iii) Accord sur les ADPIC: en particulier, les articles 41-2 et 62.²³

52. Certaines dispositions contenant des éléments ayant trait à l'équité sur le plan de la procédure figurent également dans divers Accords de l'Annexe 1A, comme ceux sur les subventions et mesures compensatoires, les mesures antidumping, la valeur déclarée en douane, les procédures de licences d'importation et l'inspection avant expédition. L'équité de la procédure concerne également le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends lui-même et la jurisprudence de l'OMC a fait une large part à ces préoccupations.²⁴

53. L'Accord sur les ADPIC présente la particularité d'ouvrir les procédures judiciaires civiles concernant la mise en œuvre des droits de la propriété intellectuelle couverts par l'accord aux "détenteurs de droits" (Accord sur les ADPIC, Partie III, Section 2). Il introduit ainsi le concept de possibilité pour les personnes privées de faire valoir leurs droits dans le cadre des accords

²¹ En ce qui concerne ces éléments, l'article X:3 a)-b) du GATT prévoit que chaque partie appliquera d'une "manière uniforme, impartiale et équitable", tous les règlements, décisions judiciaires et administratives et maintiendra ou instituera des tribunaux judiciaires, administratifs ou d'arbitrage ou des instances afin de réviser et de rectifier "dans les moindres délais les mesures administratives".

²² En vertu de l'article VI:1 de l'AGCS, les Membres doivent maintenir ou instituer des tribunaux ou procédures permettant de réviser les décisions administratives affectant les services.

²³ Toutes les procédures administratives concernant l'acquisition, le maintien, la révocation ou les procédures entre les parties de droits de la propriété intellectuelle en vertu de l'Accord sur les ADPIC doivent être "loyales et équitables", et donner lieu à des décisions rapides reposant sur les mérites dans le cas en question, les parties ayant la possibilité de participer à des auditions sur les éléments de preuve présentés (articles 62 et 41). Ces décisions peuvent elles-mêmes être soumises à révision par une autorité judiciaire ou quasi judiciaire (article 62).

²⁴ Cf. Organe d'appel, Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques de l'agriculture, Doc. de l'OMC WT/DS50/AB/R (19 décembre 1997) cas dans lequel l'organe d'appel a soutenu les exigences de respect des garanties données par la loi ("équité de la procédure") au stade des consultations; Organe d'appel, Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles, Doc. de l'OMC WT/DS56/AB/R (27 mars 1998) qui a soutenu les procédures de travail du panel; Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques, Doc. de l'OMC WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R (5 juin 1998); Organe d'appel, Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des États-Unis: Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, Doc. de l'OMC WT/DS/132/AB/RW (22 octobre 2001).

commerciaux multilatéraux.²⁵ Un autre modèle autorisant les parties privées à intenter une action figure à l'article XX de l'Accord sur les marchés publics. En vertu de cet Accord, tous les signataires doivent instaurer un forum au sein duquel les parties privées pourraient, dans un délai limité, être habilitées à déposer des plaintes relatives aux marchés publics.²⁶

54. Dans la mesure où l'on considère que l'équité de la procédure inclut le traitement prudent et la protection des informations confidentielles dans le cadre de la procédure d'exécution, le débat et les dispositions présentés dans la section sur la "transparence" concernant la protection des informations confidentielles se recoupent avec ce principe.

Dans la législation sur la concurrence

55. Les parties à des enquêtes et procédures relatives à la concurrence doivent avoir l'assurance que les procédures applicables protègent convenablement leurs droits et intérêts. Comme pour la transparence, il existe différentes catégories de participants à ces procédures et leurs intérêts dans l'optique de l'équité au plan de la procédure sont dès lors différents. On peut les regrouper en trois catégories 1) défendeurs, 2) victimes et plaignants privés, et 3) autres parties tierces intéressés, comme les demandeurs, témoins et groupes d'intérêts publics.

Défendeurs

56. Ce groupe peut faire l'objet de sanctions résultant d'une procédure menée par l'autorité de la concurrence et a donc tout particulièrement intérêt à ce que l'équité sur le plan de la procédure soit respectée, d'abord dans l'enquête, puis dans la procédure formelle et, éventuellement dans les décisions et recours. Cela pourrait inclure les éléments suivants:

Enquête

- Notification de l'ouverture d'une enquête et du sujet sur lequel elle porte ainsi que de la nature de l'éventuelle violation de la législation.
- Bonne compréhension des règles de procédure appliquées par l'instance chargée de l'enquête.
- Possibilité de soumettre des informations et un argumentaire à cette instance avant sa décision.

²⁵ Certains observateurs considèrent que le droit des entreprises à saisir directement les tribunaux dans des cas de prétendues violations du droit de la concurrence ("litiges privés") constitue un aspect important des garanties données par la loi.

²⁶ Plus spécifiquement, l'Accord sur les marchés publics, Doc. de l'OMC LT/UR/A-4/PLURI/2 (15 avril 1994) article XX prévoit au titre de ses procédures de "contestation" que "chaque partie établira des procédures non discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces permettant aux fournisseurs de contester de prétendues violations de l'Accord dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt". Ces contestations seront soumises à un tribunal ou un organe d'examen impartial et indépendant et ces procédures de contestation prévoient: "(des) mesures transitoires rapides pour remédier aux violations de l'Accord et préserver les possibilités commerciales. ... une évaluation et une possibilité de décision concernant la justification de la contestation; et c) la correction de la violation de l'Accord ou la compensation des pertes ou dommages subis, qui pourra être limitée aux coûts de la préparation de la soumission ou de la contestation." En vue de la protection des intérêts commerciaux et autres concernés, la procédure de contestation sera normalement achevée sans tarder".

- Si l'éventuelle atteinte à la législation relève du droit pénal, l'application des protections généralement offertes par la Constitution dans les cas relevant du droit pénal, y compris le droit de ne pas être obligé de se mettre soi-même en cause.
- Si l'instance envisage une décision ou une action formelle à l'encontre de la personne concernée, notification des raisons motivant cette éventuelle décision et possibilité de répondre aux allégations.

Procédure d'exécution

- Notification des allégations à l'encontre du défendeur et accès aux preuves figurant dans le dossier d'instruction, sous réserve d'une protection raisonnable des informations confidentielles.
- Droit d'être représenté par un conseil.
- Droit de présenter des justificatifs et des analyses à l'autorité qui prendra la décision.
- Normes en matière de preuve qui soient conformes aux normes nationales en matière de règlement des litiges.
- Décisions définitives consignées par écrit, en faisant état des points de droit et de fait sur lesquels elle s'est fondée.

Recours

- Le droit de recours contre une décision défavorable auprès d'une instance indépendante et, au bout du compte, devant les tribunaux.

Victimes et plaignants privés

57. Ce groupe recouvrirait des parties privées qui considèrent qu'elles ont subi un préjudice du fait d'un comportement anticoncurrentiel et qu'elles disposent dès lors de droits que l'on peut faire respecter. Le Groupe conjoint a étudié la question des mesures correctrices en faveur des parties privées en vertu de la législation sur la concurrence²⁷, et a conclu que les demandeurs ou plaignants privés disposent généralement, dans l'ensemble des systèmes, des droits suivants en vertu de la législation sur la concurrence:

- droit de saisir, de manière formelle ou informelle, l'autorité en charge de la concurrence pour qu'elle entreprenne une enquête ou une procédure en vue de remédier à une violation manifeste du droit de la concurrence portant préjudice au requérant;
- transmission, de manière formelle ou informelle, à l'autorité en charge de la concurrence de pièces justificatives et d'analyses ayant trait au comportement qui font l'objet de l'enquête ou de la procédure de cette autorité;

²⁷ OCDE (2000), "Moyens à la disposition des personnes privées au titre du droit de la concurrence", Doc. de l'OCDE, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence COM/DAFFE/CLP/TD(2000)24/FINAL.

- demande, par le biais d'une participation active à la procédure de l'autorité en charge de la concurrence (soit directement ou en vertu d'une intervention informelle) ou dans le cadre de litiges privés devant les tribunaux civils, soit en ayant recours à ces deux procédures à la fois, de mesures correctrices contre les pratiques violant le droit de la concurrence qui portent préjudice à la partie privée, en tenant compte de la nécessité d'éviter que la mission essentielle de cet organisme, qui est d'assurer l'application du droit de la concurrence dans l'intérêt de tous les citoyens et d'empêcher les personnes privées de formuler des demandes ou d'intenter des litiges sans fondement ou à caractère vexatoire.

Autres parties tierces intéressées

58. Ce groupe, qui inclut les demandeurs, les tierces parties témoins dans des procédures d'exécution et des groupes d'intérêts publics ou de consommateurs, est relativement divers. En général, ses membres ont un intérêt au résultat de l'enquête ou de la procédure engagée dans le domaine de la concurrence mais ne disposent pas forcément de droits qu'ils pourraient faire respecter dans ce contexte. L'équité de la procédure pour ce groupe recouvrirait les éléments suivants:

- pour les demandeurs, l'accès à l'autorité en charge de la concurrence afin de soumettre leur plainte et d'apporter des éléments de preuve et d'analyse, ainsi qu'une protection raisonnable des informations confidentielles fournies par le demandeur, y compris l'assurance de la confidentialité dans des situations où il subirait un préjudice du fait de la divulgation de son identité;
- pour les témoins dans des procédures formelles, la protection des normes nationales relatives à la fourniture d'un témoignage, des normes relatives aux preuves et à la représentation par un conseil, et une protection raisonnable des informations confidentielles communiquées par le témoin;
- la conduite d'une procédure publique formelle, à l'appui d'un dossier public regroupant des éléments de preuve, sous réserve d'une protection raisonnable des informations confidentielles.

Délai

59. Le concept de rapidité du délai concerne l'ensemble des aspects de l'équité au plan de la procédure. Les procédures de mise en application doivent intervenir dans un délai raisonnable. Tout délai excessif se traduit par un préjudice, à la fois pour ceux qui cherchent à obtenir réparation d'une situation de comportement anticoncurrentiel, notamment les consommateurs, et ceux qui requérants ou plaignants dans ce type de procédures, et dont les activités peuvent souffrir des coûts et de l'incertitude liée à des procédures qui traînent en longueur.
