

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

OMC ET DROIT DE LA CONCURRENCE

**(Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des
pratiques anticoncurrentielles et des opérations de
concentration)**

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2015 par

Djibril NDIAYE

Directeur de recherches : **Mme Marie-Ève PANCRAZI**
Professeur à l'Université Aix-Marseille

Jury :

Mme Nathalie RUBIO
Professeur à l'Université Aix-Marseille

M. Jean-Christophe RODA
Professeur à l'Université de Toulon

M. Pierre MOUSSERON
Professeur à l'Université de Montpellier

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont d'abord à Madame le Professeur Marie-Ève Pancrazi. Je lui témoigne toute ma gratitude pour m'avoir encadré durant l'élaboration de la présente étude, pour sa disponibilité, ses précieux conseils et son soutien constant.

Je remercie ma compagne, Madame Cécile Gheno, pour son soutien indéfectible.

Je remercie le Docteur Laurent Soulayrol, Maître Ibrahim Mboup, Madame Odile Gilibert et Madame Angela Clouzet pour la relecture.

Je remercie mes parents, Madame Dieynaba Siby et Monsieur Sileymane Ndiaye.

Je remercie Madame Monique Gheno et Monsieur Robert Gheno pour leur soutien moral et matériel.

Je remercie le Docteur Wilfried Bigenwald, le Docteur Sofien Dridi, Monsieur Ibrahima Ka et Monsieur Assane Tine.

Enfin, j'exprime ma plus profonde gratitude à toutes les autres personnes qui m'ont encouragé et soutenu pendant la réalisation de la présente étude.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ADPIC :	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AELE :	Association européenne de libre-échange
AGCS :	Accord général sur le commerce des services
al. :	alinéa
ALENA :	Association de libre-échange d'Amérique du Nord
<i>Annuaire fr. dr. int. (AFDI) :</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
art. :	article
Aut. conc. :	Autorité de la concurrence
<i>c. :</i>	contre
CA :	Cour d'appel
Cass. Civ. 1 ^{re} :	Première chambre civile de la Cour de cassation
CE :	Communauté européenne
CEDEAO :	Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'ouest
CEE :	Communauté économique européenne
chron. :	Chronique
CIJ :	Cour internationale de justice
CJCE :	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE :	Cour de justice de l'Union européenne

CNUCED :	Conférence des Nations pour le commerce et le développement
coll. :	Collection
comm. :	commentaire
Concl. :	Conclusions
CPJI :	Cour permanente de justice internationale
<i>D.</i> :	<i>Recueil Dalloz</i>
Dir. :	Sous la direction de
DoJ :	Department of Justice
EEE :	Espace économique européen
éd. :	Edition
fasc. :	Fascicule
FTC :	Federal Trade Commission
GATT :	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GRIC :	Groupe de recherche sur l'intégration continentale
<i>Infra</i> :	ci-dessous
<i>JOCE</i> :	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>J-Cl. Conc. Consom.</i> :	<i>Juris-Classeur Concurrence – Consommation</i>
<i>JCP E</i> :	<i>Juris-Classeur périodique (Semaine juridique) édition Entreprise</i>
<i>JDI</i> :	<i>Journal du droit international</i>
<i>JOUE</i> :	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MEPC :	Mécanisme d'examen des politiques commerciales

MIC :	Accord sur les mesures concernant les investissements et liés au commerce
obs. :	Observations
OCDE :	Organisation de coopération et de développement économiques
OIC :	Organisation internationale du commerce
OMC :	Organisation mondiale du commerce
<i>opt. cit.</i> :	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
ONG :	Organisation non gouvernementale
ORD :	Organe de règlement des différends
OTC :	Accord sur les obstacles techniques au commerce
p. :	page
préc. :	précité
PUAM :	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF :	Presses universitaires de France
PUR :	Presses universitaires de Rennes
<i>RCADI</i> :	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international</i>
<i>RDAI</i> :	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>Rev. Conc. Cons.</i> :	<i>Revue de la concurrence et de la consommation</i>
<i>Rev. Contrats, Conc. Consom.</i> :	<i>Revue Contrats, Concurrence, Consommation</i>
<i>RDLC</i> :	<i>Revue des droits de la concurrence (Concurrences)</i>
<i>Rev. éco. ind.</i> :	<i>Revue d'économie industrielle</i>
<i>Rev. Lamy conc.</i> :	<i>Revue Lamy de la concurrence</i>
<i>Rev. Lamy dr. aff.</i> :	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>

<i>RGDIP</i> :	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RIDE</i> :	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RJ com</i> :	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RQDI</i> :	<i>Revue québécoise de droit international</i>
<i>RMCUE</i> :	<i>Revue du marché commun et de l'Union européenne</i>
<i>RRJ</i> :	<i>Revue de recherche juridique et de droit prospectif</i>
<i>RTD eur.</i> :	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
s. :	suivants
SFDI :	Société française pour le droit international
SMC :	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
spéc. :	spécialement
SPS :	Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires
<i>Supra</i> :	ci-dessus
t. :	tome
T. com. :	Tribunal de commerce
TFUE :	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TGI :	Tribunal de grande instance
TPICE :	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. U.E. :	Tribunal de première instance de l'Union européenne
U.E. :	Union européenne
V. :	voir
Vol. :	volume

SOMMAIRE

Introduction générale

PARTIE 1

LA PERTINENCE DU CADRE DE L'OMC DANS LA RECHERCHE D'UNE RÉGULATION DE LA CONCURRENCE INTERNATIONALE

Titre 1 : Les limites de l'unilatéralisme et du bilatéralisme dans l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles internationales

Chapitre 1 : L'inadéquation des solutions unilatérales

Chapitre 2 : Les insuffisances des accords bilatéraux

Titre 2 : L'existence d'un droit de la concurrence au sein de l'OMC

Chapitre 1 : La présence d'un ensemble de règles de concurrence hétérogènes

Chapitre 2 : Une juridiction chargée de l'application du droit de l'OMC

PARTIE 2

L'INADAPTATION DU DROIT DE L'OMC A LA MONDIALISATION DES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS

Titre 1 : Les raisons de l'inadaptation du droit de l'OMC

Chapitre 1 : Un droit de la concurrence incomplet

Chapitre 2 : Les difficultés d'application du droit de l'OMC dans un contexte de mondialisation

Titre 2 : L'amélioration du droit de la concurrence de l'OMC

Chapitre 1 : L'adoption d'un accord multilatéral sur la concurrence et une réforme de l'ORD

Chapitre 2 : L'étude prospective du contenu d'un accord multilatéral sur la concurrence

Conclusion générale

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. La libéralisation des marchés et le développement d'entreprises multinationales ont atteint un niveau qui rend difficile l'encadrement des échanges et la répression des comportements anticoncurrentiels. L'organisation de la concurrence internationale constitue actuellement un des défis auxquels la communauté internationale doit faire face. Les pays ou espaces économiques comme les États-Unis ou l'Union européenne, qui disposent pourtant d'une certaine longueur d'avance par rapport aux autres¹, peinent à trouver des solutions adéquates.

2. Les affaires « *Microsoft* »² ou les actions récemment engagées à l'encontre de la firme *Google*³ ont révélé toutes les difficultés que soulève la question de la régulation de la concurrence au plan international. Elles ont permis de démontrer que pour faire respecter les règles de concurrence sur le marché européen, la Commission de l'Union européenne est amenée à sanctionner des entreprises non-européennes. Le constat s'est donc imposé que même dans un cadre régional bien réglementé, le jeu de la concurrence peut être faussé par des acteurs qui ne sont pas forcément soumis au droit local parce qu'étant de nationalité différente. Dans un pareil contexte, il est très compliqué de réprimer les comportements anticoncurrentiels.

3. Le contexte est celui de la mondialisation économique. Le phénomène en lui-même, ne représente pas une nouveauté. Sa genèse remonte aux XV^{ème} et XVI^{ème} siècles, période des «grandes découvertes», et l'Histoire recense trois principales étapes dans ce processus⁴. La phase que nous vivons survient au début des années quatre-vingt-dix⁵. Elle marque les esprits par son intensité. Découlant, entre autres, de la propagation du système de libre-échange ainsi

¹ Frank ROMANO, *Mondialisation des politiques de concurrence*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 143-144.

² TPICE, ord., 22 décembre 2004, aff. T-200/04, *Microsoft c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 4463 ; TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04, *Microsoft c/ Commission*, Rec. C.J.C.E., II, p. 3619 ; « Les affaires Microsoft », Rev. Lamy conc., octobre/décembre 2008, N° 17, p. 127-201 ; Trib. U.E., 27 juin 2012, aff. T-167/08, *Microsoft c/ Commission*, www.eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008TJ0167&from=FR.

³ Communiqué de presse de la Commission, Bruxelles, 15 avril 2015, n° IP/15/4780, www.europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_fr.htm ; Journal *Le Monde*, « L'Europe attaque Google pour abus de position dominante », édition du 16 avril 2015, p. 1.

⁴ Daniel COHEN, *La mondialisation et ses ennemis*, Pluriel 2011, p. 14 et s. ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, *La mondialisation économique : Origines et conséquences*, OCDE, coll. Les essentiels de l'OCDE, 2012, p. 22 et s.

⁵ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, *opt. cit.*, p. 22.

que de l'ouverture des frontières au commerce international⁶, l'actuelle mondialisation économique s'apparente à la fois à un contexte et à un processus permanents. Elle se définit, selon l'économiste Joseph Stiglitz, comme « *l'intégration plus étroite des pays et des peuples du monde qu'ont réalisé, d'une part, la réduction considérable des coûts du transport et des communications, et, d'autre part, la destruction des barrières artificielles à la circulation transfrontière des biens, des services, des capitaux, des connaissances et (dans une moindre mesure) des personnes* »⁷. Grâce ou à cause d'elle, les entreprises parviennent aisément à externaliser diverses branches de leur activité dans plusieurs pays, à se regrouper afin de renforcer leur puissance, et à fonctionner en réseau⁸. De ce fait, les problèmes de concurrence aussi prennent de plus en plus des allures transnationales : des cartels internationaux aux pratiques anticoncurrentielles dans des domaines internationaux par nature, à l'instar de l'Internet, des transports aérien et maritime, etc., en passant par les concentrations de dimension transfrontalière, sans oublier les abus de position dominante sur de grands marchés, les exemples abondent et paraissent même récurrents pour certains d'entre eux⁹.

4. Ainsi, parce qu'elle se traduit par une internationalisation croissante des marchés¹⁰, génère des conditions facilitant la réalisation d'opérations de concentrations transfrontières¹¹ et accentue la puissance des entreprises multinationales¹², cette mondialisation économique provoque une mondialisation potentielle, mais également concrète, des pratiques anticoncurrentielles. Potentielle, car les marchés et les comportements vont de pair. Si les premiers s'internationalisent ou se « mondialisent », les deuxièmes suivent logiquement. Concrète, dans la mesure où les firmes transnationales profitent effectivement de l'environnement créé par la libéralisation des échanges pour accroître des pratiques

⁶ Jacques SAPIR, *La démondialisation*, Seuil, 2012, p. 19 ; OMC, *Rapport annuel 1998*, Genève, Publications de l'OMC, 1998, p. 40-41.

⁷ Joseph E. STIGLITZ, *La grande désillusion*, Fayard, 2002, p. 38.

⁸ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, *opt. cit. cit.*, p. 50-53.

⁹ Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995, p. 7-8.

¹⁰ Jean-Luc HERRENSCHMIDT, « L'irréversibilité de la mondialisation », in Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 389 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, *opt. cit.*, p. 57 et s. ; Tony CLARKE, « L'hégémonie des transnationales et ses mécanismes », in Edward GOLDSMITH et Jerry MANDER (dir.), *Le procès de la mondialisation*, Fayard, 2001, p. 140-142.

¹¹ Comme en témoignent les vagues de fusions-acquisitions internationales des années 1990, 1995 et 1999. V. : CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000 : les fusions et acquisitions internationales et le développement*, Nations Unies, New York et Genève, 2000, p. 20-21 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'élaboration d'un ordre juridique de la *lex economica* », *RIDE*, N° 2/2001, p. 165 et s.

¹² Pierre BAUCHET, *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'Etat*, CNRS, coll. CNRS économie, 2003, p. 16 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, *opt. cit.*, p. 50-52 ; OMC, *Rapport annuel 1998*, *opt. cit.*, p. 43.

anticoncurrentielles affectant plusieurs régions du monde¹³. Les affaires « *Microsoft* » déjà citées¹⁴, ainsi que l'affaire du « *cartel des vitamines* »¹⁵ illustrent parfaitement une telle réalité. Dans le premier cas, il était question d'abus de position dominante ayant des effets restrictifs sur plusieurs marchés, tandis que la deuxième affaire portait sur une entente de dimension mondiale visant la répartition des parts de marchés et la fixation des prix de diverses vitamines. Loin de désigner des cas isolés, les exemples de cette nature foisonnent, surtout pour ce qui concerne les cartels internationaux¹⁶.

5. Face à la situation, diverses solutions se trouvent adoptées, à commencer par la réaction unilatérale des États qui se traduit par une application extraterritoriale des droits nationaux de la concurrence. La tentative de l'État d'appréhender un comportement anticoncurrentiel au-delà de ses frontières ne correspond pas, stricto sensu, à une réaction à la mondialisation économique ; certaines législations étatiques comportant déjà des dispositions de portée extraterritoriale bien avant la survenance du phénomène¹⁷. Cependant, le regain d'intérêt des solutions unilatérales y semble difficilement détachable¹⁸. Deux puissances vont se distinguer principalement en la matière. Il s'agit des États-Unis et de l'Union européenne. Aux fins de légitimer leurs démarches vis-à-vis du droit international, ils inventent deux théories qui leur permettent de justifier une exception à la règle limitant la souveraineté de juridiction de l'État à l'intérieur de ses frontières¹⁹. La première consiste en la « *théorie de l'effet* ». Sa paternité revient à la Cour suprême des États-Unis, qui l'avait dégagée lors de l'affaire « *Alcoa* » en 1945²⁰, dans le dessein de donner la possibilité aux autorités américaines de concurrence de se saisir de comportements nés à l'étranger mais produisant des effets sur leur territoire²¹. Elle

¹³ Walid ABDELGAWAD, in Walid ABDELGAWAD (dir.), opt. cit., p. 9.

¹⁴ V. *Supra*.

¹⁵ OCDE., *Ententes injustifiables*, OCDE, 2000, p. 25 ; Communiqué de presse de la Commission, Bruxelles, 21 novembre 2001, N° IP/01/1625, www.europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1625_fr.htm?locale=FR ; Décision 2003/2/CE de la Commission, 21 novembre 2001, relative à la procédure d'application de l'article 81 du Traité CE et l'article 53 de l'accord EEE, aff. COMP/E-1/37.512 – Vitamines, JO 2003, L 6, p. 1.

¹⁶ V. OCDE, *Ententes injustifiables*, opt. cit., 67 p.

¹⁷ C'est notamment le cas du *Sherman Act* adopté en 1890 par le Congrès des États-Unis : Evelyne FRIEDEL-SOUCHE, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, L.G.D.J., 1994, p. 57-58.

¹⁸ Evelyne FRIEDEL-SOUCHE, opt. cit., p. 57-58 ; Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparé – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, Economica, 1995, p. 97.

¹⁹ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », in Filali OSMAN (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Actes et Débats de colloque, 2 mars 2001, Lyon, IEP de Lyon, Bruylant, 2001, p. 69 ; Evelyne FRIEDEL-SOUCHE, opt. cit., p. 30.

²⁰ *U.S. v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d Cir. (1945).

²¹ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 69 ; Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire fr. dr. int.*, 1986, p. 31.

sera reprise puis consolidée dans des textes législatifs²². Selon ces textes, la théorie s'applique dès lors que la restriction de concurrence réalisée à l'étranger affecte de façon directe, substantielle et raisonnablement prévisible le marché intérieur américain ou le commerce américain²³. L'Europe l'importera par la suite, notamment à travers les articles 85 et 86 du Traité de Rome (leur contenu figure dans les actuels articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Et sa Cour de justice consacrera la théorie dans son arrêt *Béguelin* de 1971, en retenant que « *le fait par l'une des entreprises participantes à l'accord, d'être située dans un pays tiers, ne fait pas obstacle à l'application de l'article 85 dès lors que l'accord pratiqué a ses effets sur le territoire du marché commun* »²⁴.

6. La deuxième théorie sous-tendant l'application extraterritoriale des règles de concurrence repose sur « *l'unité économique* ». Invention européenne issue d'une interprétation du principe de territorialité²⁵, elle vise l'extension du droit de l'Union à des entreprises situées dans des États tiers mais possédant une attache sur le sol européen, par le truchement d'une assimilation de l'ensemble des entités juridiques à une seule et unique entité économique. Consacrée pour la première fois dans l'arrêt *Imperial Chemical Industries (ICI)* ou affaire dite des « *matières colorantes* »²⁶, elle permet, soit de sanctionner directement des sociétés mères implantées à l'étranger et dont les filiales européennes participent à des actes anticoncurrentiels localisables sur le territoire européen²⁷, soit de sanctionner collectivement tous les membres d'un groupe de sociétés²⁸. L'unité économique sera retenue à partir du moment où une filiale ne décide pas d'elle-même de son comportement sur le marché et se contente d'appliquer les instructions de la société mère²⁹.

7. Si au regard du droit international, notamment la jurisprudence de la Cour internationale de justice, rien n'empêche un État d'édicter des législations tendant à appréhender des

²² Précisément par les deuxième et troisième *Restatement of Foreign Relations Law of the United States* de 1965 et 1987 : *Restatement of the Law (second) Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul, Minnesota, American Law Publishers, 1965, § 17 ; *Restatement of the Law (Third) Foreign Relations Law of the United States*, Philadelphia, American Law Institute Publishers, 1987, § 402, in Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 83-84.

²³ Benoît MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence*, Berne, Peter Lang, vol. 3, 2000, p. 110 et s. Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 70-71.

²⁴ C.J.C.E., 25 novembre 1971, *Béguelin Import Co. c. S.A. G.L. Import Export*, aff. 22-71, Rec. CJCE, p. 949.

²⁵ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 89 et s.

²⁶ C.J.C.E., 14 juillet 1972, aff. 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commission (Matières colorantes)*, Rec. C.J.C.E., 1972, p. 619.

²⁷ Comme cela a été le cas dans l'arrêt *ICI* : Préc., C.J.C.E., 14 juillet 1972, p. 619.

²⁸ C.J.C.E., 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, aff. 6/72, Rec. C.J.C.E., 1973, p. 215.

²⁹ Préc., C.J.C.E., 14 juillet 1972, p. 66.

situations nées en dehors de son territoire, il est néanmoins prévu une exclusivité de la compétence d'exécution³⁰. Or, l'efficacité des théories en question dépend de l'exercice de ladite compétence. En effet, correspondant au pouvoir que détient un État pour appliquer une règle générale ou une décision individuelle par le biais d'actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à l'usage de la contrainte étatique³¹, la compétence d'exécution couvre inéluctablement les procédures traduisant une mise en œuvre de « l'effet » ou de « l'unité économique ». À titre d'illustration, la revendication de « l'effet » de la part d'un État implique pour celui-ci d'établir que la restriction de concurrence opérée à l'étranger provoque un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible à l'intérieur de ses frontières. Ce qui nécessite de prouver matériellement les faits reprochés, donc de procéder à des enquêtes en terre étrangère afin de collecter des informations. D'où, le risque de se heurter au principe de l'exclusivité territoriale de la compétence d'exécution. Il faudra ainsi l'approbation et la coopération de l'État sur le territoire duquel s'effectueront les démarches. Cependant, en matière de collecte d'informations et de renseignements destinés à être utilisés dans le cadre d'une procédure concernant des pratiques commerciales restrictives, les États ne paraissent pas très conciliants. Pour preuve, bon nombre d'entre eux ont purement et simplement adoptés des législations de blocage visant à interdire la communication de tels éléments à des autorités étrangères³².

8. Le raisonnement vaut également pour la mise en œuvre de l'unité économique. Car, si la localisation d'un comportement anticoncurrentiel sur le territoire d'un État donné permet, grâce à la technique de l'imputation, d'établir les faits et de sanctionner une entreprise qui n'a pas activement pris part à l'acte incriminé, la sanction prononcée à l'encontre de l'entité implantée à l'étranger et soumise au droit d'un autre État, risque en revanche d'être peu efficace.

9. Les limites des deux théories démontrent en même temps l'inadéquation des mesures unilatérales face aux pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale. La doctrine est quasi unanime sur le sujet. Selon Madame Catherine Prieto, il y a « *une inadéquation fondamentale entre des règles qui n'appréhendent que les effets sur un marché et des*

³⁰ CPJI, Affaire du « Lotus », 7 septembre 1927, Rec. Des Arrêts, Série A, n° 10, Arrêt n° 9, 1927, p. 18-19.

³¹ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 11.

³² C'est le cas de la France, de la Grande-Bretagne, des Pays-Bas, du Canada, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, etc. : OCDE., *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, OCDE., 1984, p. 48-55.

entreprises dont le pouvoir de marché est à l'échelle du monde »³³. L'extraterritorialité des droits nationaux de concurrence ne convient pas davantage qu'elle ne prend pas en compte les ententes à l'exportation. La plupart des législations observe en effet une tolérance à l'égard de tels types de pratiques³⁴. Elle génère par ailleurs des conflits politiques, comme en attestent les tensions occasionnées entre les États-Unis et l'Union européenne lors des affaires *Boeing/McDonnell Douglas* et *General Electric/Honeywell*³⁵. Les États n'ayant pas tous des intérêts économiques similaires et utilisant parfois leurs politiques de concurrence à des fins stratégiques³⁶, nul besoin d'établir la récurrence du risque d'affrontement politique.

10. L'unilatéralisme ne désigne pas la seule voie empruntée pour régler les questions de concurrence internationale. La voie bilatérale aussi a été explorée, notamment par le biais de la conclusion d'un certain nombre d'instruments destinés à faciliter l'application des réglementations nationales. On peut citer à titre d'exemple : les Accords CE/USA de 1991 et 1998, les Accords Canada/USA de 1995 et 2004, l'Accord CE/Canada de 1999³⁷, etc. Énonçant des mécanismes de notification, de consultation et d'échanges d'informations entre les autorités de concurrence dans le cadre de traitement d'affaires ayant trait à la concurrence, ces instruments semblent néanmoins en deçà des enjeux, pour une raison simple liée à leur couverture géographique restreinte : un accord bilatéral ne liant, par définition, que deux

³³ Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », RDLC, N° 1-2005, p. 22-23.

³⁴ Richard BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, coll. Manuels 200, t. 1, octobre 2002, p. 127 ; Evelyne FRIEDEL-SOUCHE, opt. cit., p. 68.

³⁵ Décision 97/816/CE de la Commission, 30 juillet 1997, aff. N° IV/877 – *Boeing/McDonnell Douglas*, J.O. L 336, 8 décembre 1997, p. 16 ; Frank ROMANO, « La fusion Boeing/MDD et l'Accord conclu entre l'UE et les USA sur l'application de leurs lois Antitrust », RDAI, n° 4/5, 1998, p. 509 ; Décision de la Commission, 3 juillet 2001, *General Electric/Honeywell*, J.O.C.E. L 48, 28 février 2004, p. 1 ; Laurence IDOT, « Premières vues sur l'affaire General Electric c. Commission du 15 décembre 2005 », *Europe*, n° 2, février 2006, p. 4-7 ; Cécile PLAIDY, « Internationalisation du droit de la concurrence », J-Cl. Conc. Consom., fasc. 52, 2003, paragraphes 32-34 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 22.

³⁶ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », Cahiers de recherche-CEIM (99-08), GRIC, Université du Québec à Montréal, décembre 1999, p. 15 et s. ; Alexis JACQUEMIN, « La dimension externe de la politique européenne de concurrence », *Rev. éco. ind.*, vol. 63, 1^{er} trimestre 1993, p. 277.

³⁷ Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence, JO n° L 95, 27 avril 1995, p. 47-52 ; Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, JO n° L 173, 18 juin 1998, p. 28-31 ; Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, 1^{er} et 3 août 1995 (Texte disponible sur le site Internet du Bureau de la concurrence du Canada : [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/cb.nsf/vwapj/canada-us-agreement-f.pdf/\\$file/canada-us-agreement-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/cb.nsf/vwapj/canada-us-agreement-f.pdf/$file/canada-us-agreement-f.pdf)) ; Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'exercice des principes de courtoisie active dans l'application de leurs lois sur la concurrence, 2004 : [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ct02957f-accord.pdf/\\$file/ct02957f-accord.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ct02957f-accord.pdf/$file/ct02957f-accord.pdf) ; Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence, 17 juin 1999, JO n° L 175, 10 juillet 1999, p. 50-60.

parties, ses effets se trouvent obligatoirement limités aux territoires desdites parties. Les limites se ressentiront dès lors qu'un État, tiers à un tel accord, abrite une société dont les agissements anticoncurrentiels affectent les deux signataires. Mais le principal défaut dont souffrent les mesures bilatérales repose sur l'absence de valeur contraignante. Elles sont, en effet, fondées sur la courtoisie qui, dans sa forme passive ou active, ne prévoit aucune contrainte dans la mise en œuvre des dispositions édictées. La courtoisie passive consiste dans le fait, pour un État, de prendre en compte les intérêts d'autres États lorsqu'il applique sa législation sur la concurrence et de faire en sorte que ladite application ne porte pas préjudice aux intérêts en question. La courtoisie active permet, quant à elle, à un État de demander à son partenaire d'entreprendre des mesures propres à faire cesser une pratique anticoncurrentielle l'affectant³⁸. Les deux aspects dénotent ainsi un mécanisme de coopération basée essentiellement sur la volonté. Les parties sont incitées, mais n'ont aucunement l'obligation de coopérer, du moins aucun dispositif n'est prévu pour les contraindre à s'exécuter. Cela s'aperçoit dans la pratique, les États font ainsi souvent fi des instruments de coopération à partir du moment où leurs intérêts économiques divergent. En témoignent les affaires *Boeing/McDonnell Douglas* et *General Electric/Honeywell* déjà citées³⁹, ou encore l'affaire *Upjohn/Pharmacia*⁴⁰. Même l'existence d'une volonté réelle de coopération ne signifie pas toujours un gage d'efficacité, puisque l'application de la courtoisie, précisément sous sa forme la plus sophistiquée, c'est-à-dire la courtoisie active, implique une illégalité dans le pays requis⁴¹. D'où une exclusion du champ de la coopération, de tous les comportements anticoncurrentiels non prohibés ou tolérés par le droit du pays sollicité, à l'instar des ententes à l'exportation⁴². S'ajoute à cette situation l'impossibilité de partager les informations confidentielles. Certes, les accords bilatéraux relatifs à la concurrence prévoient quasiment tous des dispositions organisant l'échange d'informations. En revanche, non seulement les lois de blocage adoptées par les États avant la conclusion de tels dispositifs empêchent la

³⁸ OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie positive*, DAFPE/CLP(99)19, p. 6 ; Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 17.

³⁹ Préc., Commission européenne, 30 juillet 1997, p. 16 ; Préc., Commission européenne, 3 juillet 2001, p. 1 ; Frank ROMANO, « GE/Honeywell, Victoire de la Commission...ou échec ? » ? RDAI, N° 3, 2007, pp. 368-393.

⁴⁰ Décision de la Commission, 28 septembre 1995, *Upjohn/Pharmacia*, JOCE C 294, 9 novembre 1995, p. 9.

⁴¹ OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie positive*, opt. cit., p. 13.

⁴² Les ententes à l'exportation ne produisant pas généralement d'effets négatifs dans le pays au sein duquel elles s'opèrent, mais plutôt dans le pays où se trouve le marché visé, elles ont tendance à être tolérées par les autorités de l'Etat où est prise la décision anticoncurrentielle. V. OCDE, *Obstacles aux échanges et à la concurrence*, Paris, OCDE, 1993, p. 21.

communication de renseignements à des autorités étrangères⁴³, mais les accords eux-mêmes énoncent expressément une interdiction de communiquer des informations confidentielles. C'est ce qui ressort, par exemple, du contenu de l'article VIII de l'Accord CE/USA de 1991, de l'article X de l'Accord Canada/USA de 1995, de l'article X de l'Accord CE/Canada de 1999 et de l'article 9 de l'Accord CE/Japon de 2003⁴⁴. L'information qualifiée de « confidentielle » ne sera donc pas échangée, quand bien même elle serait indispensable à l'élucidation d'une affaire donnée. Autant dire que les difficultés de circulation de l'information pertinente, lesquelles compromettent la mise en œuvre des théories de « l'effet » et de « l'unité économique » et atténuent de la sorte l'efficacité de l'application extraterritoriale des règles nationales de concurrence, entament également l'apport des solutions bilatérales dans la répression des comportements anticoncurrentiels de dimension internationale. Ces solutions paraissent trop aléatoires pour suffire comme outils de réglementation satisfaisante de la concurrence internationale.

11. Les insuffisances de l'unilatéralisme et du bilatéralisme ont conduit la doctrine et certains États à prôner une approche multilatérale ou plurilatérale⁴⁵. L'idée d'une attitude collective dans l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles internationales fait à peu près l'objet d'un consensus. Cependant, les opinions divergent dès lors qu'il s'agit de choisir les moyens à mettre en œuvre pour une politique internationale de concurrence ou un droit international de la concurrence. Certains auteurs pensent que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) constitue une enceinte idéale pouvant servir de cadre à une discussion en vue de l'institution d'un droit international de la concurrence et l'organe régulateur de celui-ci. Cette position est notamment celle de Monsieur Bienvenu Okiémy⁴⁶, ou de Monsieur

⁴³ Exemple : la loi française du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, n° 80-538, J.O., 17 juillet 1980, p. 1799.

⁴⁴ Article VIII de l'Accord entre le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes, opt. cit., paragraphes 1 et 2 ; Article X de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, opt. cit., paragraphes 1-3 ; Article X de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada, opt. cit., paragraphes 1 et 2 ; et article 9 de l'Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles, JO n° L 183, 22 juillet 2003, p. 12, paragraphes 1-5.

⁴⁵ C'est notamment le cas de Monsieur Frank ROMANO, opt. cit., p. 21-22 ; de Monsieur Andreas HEINEMANN, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », RIDE, N° 3/2004, p. 301 et s. ; de Monsieur Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'élaboration d'un ordre juridique de la *lex economica* », art. cit., p. 175 et s. ; etc. En ce qui concerne les Etats, il s'agit de ceux de l'Union européenne à travers la Commission européenne qui a pris des initiatives en faveur d'une politique de concurrence au sein de l'OMC : Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 25.

⁴⁶ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 85.

Nicolas Ligneul⁴⁷. En revanche, d'autres auteurs comme Monsieur Frank Romano, s'opposent à la « voie de l'OMC ». Ce dernier préconise, par exemple, la création d'une organisation plurilatérale consacrée à la promotion de la libre concurrence et au contrôle des pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale⁴⁸.

12. Choix et domaine de l'étude. La présente étude sur « OMC et Droit de la concurrence » se propose donc de contribuer à la démarche d'exploration de l'approche collective pour la recherche de solutions adéquates aux problèmes relatifs à la concurrence au plan international. Le sous-titre exprime une intention de consacrer essentiellement nos travaux au cas de l'Organisation en question et non à toutes les approches multilatérales. Pourquoi l'OMC ? Avant de répondre à une telle question, des éclairages sur la définition du droit de la concurrence semblent nécessaires.

13. D'abord concernant la notion même de « concurrence », d'après le « Vocabulaire juridique », elle dérive du latin « *concurrere* », qui signifie courir avec vers un même point⁴⁹. Elle désigne une « *compétition économique* » ou « *offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle* »⁵⁰. Et selon le dictionnaire Larousse, on entend par concurrence, une « *rivalité, compétition entre des personnes qui poursuivent un même but, ou des entreprises qui cherchent à conquérir une clientèle* »⁵¹. L'idée de compétition et de risque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle se retrouve dans les deux définitions. La concurrence constitue ainsi une sorte de compétition dans laquelle plusieurs acteurs économiques proposant des produits ou services équivalents, s'affrontent afin de gagner les faveurs de la clientèle et ce, en mettant en avant des arguments tels le prix ou la qualité. Selon Montesquieu, « *c'est la concurrence qui met un juste prix aux marchandises et qui établit les*

⁴⁷ Nicolas LIGNEUL, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Bruylant, 2001, p. 239 et s. ; et « Droit international de la concurrence : plaidoyer pour une approche intégrée et progressive », R.M.C.U.E., n° 430, juillet-août 1999, p. 461-463. L'idée est également soutenue par Monsieur Pierre ARHEL : « Droit international de la concurrence, s'orientent-ils vers des négociations ? », R.M.C.U.E., n° 426, février 1999, p. 84 et s. ; et par Monsieur Ulrich IMMENGA : « Le droit de la concurrence dans l'économie globale », in *Philosophie du droit et droit économique*, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éditions Frison-Roche, 1999, p. 410.

⁴⁸ Frank ROMANO, opt. cit., p. 22 et 166.

⁴⁹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, 10^{ème} éd., 2014, p. 225. V. aussi : Roger LE MOAL, *Droit de concurrence*, Economica, 1979, p. 2.

⁵⁰ Gérard CORNU (dir.), opt. cit., p. 200.

⁵¹ LAROUSSE, *Le grand Larousse illustré*, 2014, p. 282.

vrais rapports entre elles »⁵². Elle représente « à la fois un état du marché et une action sur le marché »⁵³. Le marché se définit comme le « lieu de rencontre entre l'offre et la demande de produits ou services substituables, c'est-à-dire interchangeables entre eux selon certains critères »⁵⁴. Pour maintenir une situation de concurrence et permettre à tous les opérateurs économiques d'accéder librement au marché, il faut poser des règles, soit des règles de concurrence. Le droit de la concurrence vise à assurer cette mission⁵⁵.

14. Il correspond à « l'ensemble des règles juridiques qui organisent le jeu des rapports de rivalité et de coopération entre entreprises, dans le cadre de leur démarche de conquête ou de préservation d'une clientèle »⁵⁶. La notion présente deux acceptions dans la littérature juridique, dont une étroite et une plus large. La première évoque un droit ayant pour objet la lutte contre les monopoles et le "pouvoir de marché" : il s'agit de la conception inspirée du droit antitrust américain⁵⁷. La conception large renvoie à l'ensemble de règles destinées à garantir une compétition saine entre les divers acteurs économiques dans leurs conquêtes de parts de marché⁵⁸. Le droit de la concurrence s'applique généralement dans le cadre d'une politique de concurrence mais ne se confond pas avec celle-ci. Il est fait référence à la politique de concurrence, pour évoquer la manière dont un ordre juridique met en œuvre les règles de concurrence en prenant en considération le contexte⁵⁹. D'après le « Dictionnaire de droit du marché », « on évoque par politique de concurrence, la politique antitrust et l'expérience américaine en la matière est non seulement décisive mais surtout compte une large longueur d'avance »⁶⁰. La politique de concurrence représente ainsi un certain nombre d'objectifs que les pouvoirs publics cherchent à atteindre à travers l'application du droit de la concurrence, lesquels objectifs changent en fonction des pays. Par exemple en Europe, la politique de concurrence poursuit un objectif d'intégration économique en luttant contre tout

⁵² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XX, Chapitre 9, in Valérie PIRONON, *Droit de la concurrence*, Lonrai, Gualino, octobre 2009, p. 15.

⁵³ Claude Lucas de LEYSSAC, « Concurrence et compétition », *Rec. Dalloz*, 17 juin 2004, n° 24, p. 1722 ;

⁵⁴ Eva MOUIAL-BASSILANA et Irina PARACHKEVOVA, *Termes de droit des affaires*, Gualino éditeur, 2006, p. 141. V. aussi : Jacques AZEMA, Raphaëlle BESNARD GOUDET, Blandine ROLLAND et Jean-Pierre VIENNOIS, *Dictionnaire de droit des affaires*, ellipses, 2007, p. 285.

⁵⁵ V. Lamy Droit Economique 2013, n° 869, p. 292 ; Valérie PIRONON, *opt. cit.*, p. 16.

⁵⁶ Lamy Droit de l'entreprise, 2014-2015, p. 1312. V. aussi Claude CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », *J.-Cl. Conc. Consom.*, fasc. 30, 1991, paragraphe 4.

⁵⁷ Eva MOUIAL-BASSILANA et Irina PARACHKEVOVA, *opt. cit.*, p. 99-100.

⁵⁸ Jacques AZEMA, Raphaëlle BESNARD GOUDET, Blandine ROLLAND et Jean-Pierre VIENNOIS, *opt. cit.*, p. 192-193 ; Eva MOUIAL-BASSILANA et Irina PARACHKEVOVA, *opt. cit.*, p. 100.

⁵⁹ Lamy Droit Economique, *opt. cit.*, n° 780, p. 257 et n° 942, p. 330.

⁶⁰ Daniel MAINGUY (dir.), *Dictionnaire de droit du marché*, ellipses, coll. Dictionnaires de droit, mars 2008, p. 255.

cloisonnement territorial et en renforçant la construction d'un marché intérieur unique⁶¹. Au sein d'une telle entité, la concurrence est conçue comme un moyen, un « levier » économique parmi tant d'autres⁶². Alors que dans d'autres pays comme les États-Unis, inventeur du droit de la concurrence, la préservation de la libre concurrence constitue une fin en soi, le principe y étant érigé en guise de prolongement de la Constitution⁶³.

15. Les précisions terminologiques étant effectuées, la réponse à l'interrogation portant sur le choix du cadre de l'OMC peut maintenant être apportée. Pour cela, deux principales raisons suffisent pour démontrer que l'Organisation est concernée par la question de la concurrence internationale. La première repose sur le fait que l'OMC constitue la principale institution mondiale s'occupant du droit des échanges mondiaux et l'on se demande si elle peut bien ignorer le droit de la concurrence, tant les deux sont liés. En tout cas, il semble très difficile d'imaginer, à une époque de mondialisation économique intense, que le droit des échanges puisse ignorer celui de la concurrence. Il existe une certaine complémentarité des efforts visant la libéralisation des échanges commerciaux et l'élimination des comportements anticoncurrentiels transfrontières⁶⁴. La deuxième raison a trait au rôle joué par l'OMC dans l'accroissement des comportements anticoncurrentiels de dimension internationale et aux conséquences de la situation par rapport aux objectifs de l'institution multilatérale. En effet, les efforts de libéralisation des échanges internationaux soutenus par l'Organisation ont contribué à l'avènement de la mondialisation économique⁶⁵, qui provoque, à son tour, la création d'un environnement favorable au développement de pratiques anticoncurrentielles émanant d'acteurs économiques privés⁶⁶. Ceci est d'autant plus vrai que s'opèrent de plus en

⁶¹ François SOUTY, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, coll. Clefs, 4^{ème} éd., 2011, p. 25 et s., Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^{ème} éd., 2010, p. 263.

⁶² Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparé – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, opt. cit., p. 12 ; Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, opt. cit., p. 263 ; Neelie KROES, « La libre concurrence n'est pas une fin en soi... », RDLC, N° 3-2006, p. 1.

⁶³ V. François SOUTY, *La politique de concurrence aux États-Unis*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1995, p. 3-6 ; Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparé – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, opt. cit., p. 11-12.

⁶⁴ Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », in Walid ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et Droit de la concurrence – Les réactions des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations*, Actes de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, p. 269 ; OMC, *Rapport (1999) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 11 octobre 1999, WT/WGTCP/3, paragraphe 32, p. 13.

⁶⁵ Karel VAN MIERT, in Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 3 ; OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 41-43.

⁶⁶ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », in Walid ABDELGAWAD (dir.), opt. cit., p. 264.

plus au niveau mondial, une substitution des comportements anticoncurrentiels desdits acteurs à ceux des États, encadrés par les accords de l'OMC et une récupération des avantages tirés de la suppression des barrières d'origine étatique par les entreprises privées⁶⁷. De la sorte, la libéralisation des échanges, ainsi que l'ouverture des marchés, représentant une des raisons d'être de l'institution multilatérale⁶⁸, sont en train d'être remises en cause par la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations. Ce qui montre donc à quel point l'Organisation est concernée par la question.

16. La concurrence a toujours été présente au sein de l'OMC, parce que la promotion du libre-échange, que poursuivait l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), devenu Organisation mondiale du commerce le 1^{er} janvier 1995, repose sur celle-ci. Les États membres de l'Organisation ont compris dès le début qu'une libéralisation des échanges n'est réalisable que dans la mesure où l'on supprime tous les obstacles pouvant entraver le commerce et en permettant aux différents acteurs de se livrer une concurrence loyale. À cette fin, ils ont mis en place un dispositif visant à combattre les obstacles d'origine étatique car ce sont ces derniers qui constituaient les principales entraves au commerce mondial⁶⁹. Fondé sur des principes de « *traitement de la nation la plus favorisée* »⁷⁰, de « *traitement national* »⁷¹ et de « *transparence* »⁷², le dispositif limite les restrictions possibles aux seuls droits de douane et combat les « *pratiques déloyales de défense commerciale* », telles que les dumping et les subventions⁷³.

17. Cependant, dans le contexte actuel de la mondialisation économique, les comportements anticoncurrentiels des États sont en passe d'être remplacés par ceux des grands groupes de sociétés multinationales. La question principale que soulèvent les thèmes

⁶⁷ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 63-64 ; Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 265 ; Emmanuelle CLAUDEL, « Vers un droit international de la concurrence ? », in Patrick DAILLIER, Gérard de LA PRADELLE et Habib GHERARI (dir.), *Droit de l'économie internationale*, CEDIN Paris X, Pedone, 2004, p. 405.

⁶⁸ V. Préambule de l'Accord instituant l'OMC ; Claude Lucas de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, Puf, 2002, p. 74.

⁶⁹ Selon le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de concurrence, les entraves d'origine étatique sont toujours d'actualité. Elles représentent « *la principale menace contre la réalisation des objectifs en matière de concurrence et de politique commerciale* » : OMC, *Rapport (1998) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 8 décembre 1998, WT/WGTCP/2, paragraphe 75, p. 29.

⁷⁰ Article 1^{er} du GATT, article II de l'AGCS et l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷¹ Article 3 du GATT, article XVII de l'AGCS et article 3 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷² Article X du GATT, article III de l'AGCS et article 63 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷³ Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 775, p. 249. V. aussi : Benoît MERKT, opt. cit., p. 59 et s.

du sujet consiste alors à savoir si l'OMC dispose d'un droit, voire d'une politique de concurrence capable de faire face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et aux opérations de concentration ? Trois sous-questions en découlent : Existe-t-il au sein de l'OMC, un droit ou une politique de concurrence ? Si tel est le cas, celle-ci est-elle adaptée à la mondialisation des comportements anticoncurrentiels et des opérations de concentration ? Quelles sont les solutions envisageables au cas où l'éventuel droit de la concurrence de l'OMC ne serait pas efficace pour lutter contre les nouvelles pratiques anticoncurrentielles ?

18. Intérêt et méthodologie de l'étude. La réponse que le droit positif apporte à cette question générale ne permet pas de trancher clairement le débat. Il s'agit là de tout l'intérêt théorique du sujet. En effet, les États membres de l'Organisation multilatérale n'ont pas, comme ils procèdent souvent pour régir une matière touchant au commerce, adopté un accord spécifique à la concurrence, et aucune politique particulière de concurrence n'est officiellement revendiquée dans le cadre de ladite organisation. La présente étude offre donc l'occasion de bâtir une théorie sur l'existence ou non d'un droit ainsi que d'une politique de concurrence au sein de l'OMC dont l'apport pourrait être bénéfique à une recherche de réglementations contraignantes capables d'appréhender efficacement les agissements anticoncurrentiels de dimension internationale. L'intérêt théorique gagne davantage en importance à partir du moment où l'Institution en question s'était déjà elle-même préoccupée de la thématique en instituant en 1996, un groupe de travail chargé de réfléchir sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence dans le dessein de clarifier l'existant, d'une part, pour aboutir à des propositions en vue d'une éventuelle création normative d'autre part⁷⁴. Effectuant un travail de qualité, le groupe a fonctionné jusqu'en 2004, avant d'être suspendu par une décision du Conseil général de l'OMC⁷⁵. Comme ce dernier n'écarte pas définitivement l'idée d'une reprise des travaux et des négociations dans le domaine de la concurrence dès l'achèvement du cycle de Doha⁷⁶, la poursuite de la réflexion sur de tels sujets conserve alors un intérêt théorique certain auquel s'ajoute un intérêt pratique. Et notre étude vise aussi à apporter des solutions concrètes au problème des comportements anticoncurrentiels nés de la mondialisation des économies, par le truchement d'une identification, dans l'arsenal juridique de l'OMC, d'une réglementation à même de les

⁷⁴ OMC, Déclaration ministérielle de Singapour, 18 décembre 1996, WT/MIN(96)/DEC, paragraphe 20, p. 9.

⁷⁵ OMC, Programme de travail de Doha, Décision adoptée par le Conseil général le 1^{er} août 2004, 2 août 2004, WT/L/579, p. 4.

⁷⁶ Il ne fait que suspendre l'activité du groupe de travail, en excluant du programme de travail du cycle de Doha, les questions relatives à l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence. Cf. : OMC, *opt. cit.*, WT/L/579, p. 4.

appréhender, ou, le cas échéant, par la proposition de normes beaucoup plus efficaces. Elle mettra, auparavant, l'accent sur les mesures unilatérales et bilatérales aux fins d'exposer leurs limites vis-à-vis de la situation. Son opportunité se justifie par la présence d'enjeux considérables que sont l'assainissement du commerce mondial et la préservation des acquis de la libéralisation des échanges. Les enjeux exigent que les pratiques faussant le jeu de concurrence au plan international soient vigoureusement combattues.

19. La difficulté de l'étude se trouve dans la recherche de la documentation. Il existe en effet peu d'ouvrages juridiques traitant de la mondialisation économique et des agissements anticoncurrentiels. Il a fallu combler une telle lacune en recourant à des ouvrages en économie et aux articles de doctrine relatifs à l'encadrement de la concurrence internationale, pour établir une justification scientifique de la démonstration. Ce qui explique la récurrence de certaines citations dans la thèse. Notre démarche sera essentiellement déductive et fera appel au raisonnement par analogie. Parce que prétendre démontrer l'existence ou non d'un droit de la concurrence au sein de l'OMC, requiert une observation approfondie de l'architecture ainsi qu'une analyse des éléments composant les droits nationaux en la matière, d'opérer une comparaison avec les dispositions incorporées dans les accords de l'institution multilatérale, puis de déduire une conclusion. Le droit comparé sera donc beaucoup sollicité. Une approche prospective inspirée des travaux déjà menés dans le cadre d'autres instances multilatérales de coopération politique et dans le cadre académique en matière de régulation globale de la concurrence, sera également adoptée, dans le but de formuler des propositions concourant à l'amélioration des actuelles règles de l'Organisation.

20. L'intérêt, ainsi que la méthodologie de l'étude étant soulignés, deux conceptions principales permettent de trouver une réponse adéquate à la question générale, autrement dit deux théories possibles. La première désigne celle qui consiste à faire dépendre l'existence d'un droit de la concurrence de celle d'une politique de concurrence autonome avec un ordre concurrentiel bien structuré. Telle est la théorie qui est prônée par la doctrine qui n'admet pas l'existence d'un droit de la concurrence au sein de l'OMC, au motif que celle-ci ne dispose pas d'un accord autonome relatif à la concurrence et que les quelques règles qui font référence à la matière sont dispersées et n'abordent pas la question de manière directe⁷⁷. Elle se résume

⁷⁷ Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence l'organe de règlement des différends de l'OMC », in Walid ABDELGAWAD (dir.), opt. cit., p. 292 ; Patricia ROSIAK, *Les transformations du droit international économique – Les Etats et la société civile face à la mondialisation économique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, décembre 2003, p. 168-169 ; Hanns ULLRICH, « L'ordre concurrentiel dans la pensée juridique », in Walid ABDELGAWAD (dir.), opt. cit., p. 75-77 ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 146 ; Jean-Marc

à travers ces propos de Monsieur Walid Abdelgawad : « *tout se passe comme si ces accords traduisaient des règles internationales de concurrence sans droit international de la concurrence* »⁷⁸. Il est, par ailleurs, reproché aux règles de l'Organisation le fait d'accorder la priorité à la protection des intérêts des concurrents et des producteurs et non à la protection de la concurrence en soi et des intérêts des consommateurs⁷⁹. Donc, selon une cette théorie, le caractère sectoriel des règles de concurrence en question, ainsi que l'absence de cohérence entre elles, ne permettent pas d'établir un véritable ordre concurrentiel permettant de développer une politique de concurrence⁸⁰.

21. Néanmoins, si l'on considère l'ensemble des règles de concurrence contenues dans les accords de l'OMC, à savoir les articles III, XVII : 1 (a) et (b) du GATT, les articles VIII et I, paragraphe 1 de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), les articles 8, paragraphe 2, 31 et 40, paragraphes 1 et 2 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), les articles VII et suivants de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics, les articles 3, 4 et 8 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC), les articles 3.5 et 5.4 de l'Accord antidumping, l'article 15.5 de l'Accord sur les subventions, l'article 11 et le préambule, paragraphe 3 de l'Accord sur les sauvegardes, le Document de référence de l'Accord sur les télécommunications de base (ATB), il est possible de dégager une deuxième théorie. Elle correspond à celle consistant à regarder le droit de la concurrence comme simple moyen de la politique de concurrence qui, en tant que politique économique, peut poursuivre d'autres objectifs. En d'autres termes, il s'agit de l'approche séparant le droit de la politique de concurrence. Effectivement, comme définis plus haut, le premier vise la permission et le maintien des situations de concurrence, tandis que la seconde évoque la manière d'appliquer les règles de concurrence en prenant en considération le contexte.

22. L'analyse téléologique des règles de concurrence de l'OMC laisse clairement apparaître qu'elles sont subordonnées à la finalité des Accords d'échanges dans lesquels elles sont incorporées⁸¹. Elles œuvrent à ce que les avantages tirés de l'accord ayant libéralisé un

SIROËN, « Les politiques de la concurrence dans une économie mondialisée », in DGCCRF, *Peut-il exister un droit multilatéral de la concurrence ?*, Atelier de la concurrence du 8 février 1996, Rev. Conc. Cons., n° 93, sept.-oct. 1996, p. 33-34.

⁷⁸ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 239.

⁷⁹ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 266-267.

⁸⁰ V. Hanns ULLRICH, art. cit., p. 76-77.

⁸¹ Hanns ULLRICH, art. cit., p. 76.

secteur donné ne soient pas compromis par des discriminations, des dumpings ou d'autres agissements anticoncurrentiels⁸². Autrement dit, elles cherchent à garantir l'accès au marché. Si une telle situation ne dénote pas obligatoirement la présence d'une politique autonome portant sur la concurrence, elle témoigne au moins de l'existence d'une réelle cohérence entre les différentes dispositions concurrentielles distillées dans la grande majorité des textes de l'institution multilatérale. Ces dispositions pourraient, avec l'ensemble des décisions rendues par l'Organe de règlement des différends (ORD) dans le domaine de la concurrence, former un droit primaire de la concurrence. Ce qui démontre la pertinence du cadre de l'OMC pour traiter des problèmes de comportements anticoncurrentiels internationaux. Le droit de l'OMC, ainsi que son système de règlement des litiges commerciaux, doté de toutes les caractéristiques d'une juridiction au sens matériel du terme⁸³, paraissent en effet assez aboutis pour appréhender les agissements d'une des catégories d'acteurs du commerce, à savoir les États. Pour les autres acteurs, c'est-à-dire les agents économiques privés, les textes ne les envisagent que de façon indirecte. Certes, des références directes s'observent ponctuellement, notamment dans l'Accord sur les ADPIC et dans l'AGCS. Mais globalement, les personnes privées sont ignorées et ne peuvent agir directement auprès de la juridiction de l'institution multilatérale, d'où une quasi-impossibilité de réprimer les actes qui leur sont imputables. Malheureusement, avec la mondialisation économique, se développent les situations favorisant la multiplication de comportements non concurrentiels en provenance des dites personnes. En effet, d'une part, beaucoup de marchés dans des domaines tels que la finance, les marchandises et les services, ou encore l'Internet, se sont mondialisés⁸⁴. D'autre part, la mondialisation a facilité les mouvements de concentration de dimension transnationale, ainsi que l'illustrent la rapidité et la facilité avec laquelle se déroulent de nos jours les fusions-

⁸² Michèle RIOUX « L'accès aux marchés et la concurrence », in Christian DEBLOCK (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce – Où s'en va la mondialisation ?*, FIDES, Québec, Canada, 2002, p. 120-121.

⁸³ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Paris, Litec, 2000, pp. 303-334 ; Henri CULOT, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 499-544 ; Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 299-302.

⁸⁴ Pour la mondialisation des marchés dans les secteurs de la finance, des marchandises et des services : Tony CLARKE, art. cit., p. 140-143 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 57-68 ; Michel RAINELLI, « L'OMC : Vers une régulation de la mondialisation marchande ? », in Josepha LAROCHE (dir.), *Mondialisation et gouvernance mondiale*, Puf, mars 2003, p. 57-78. Pour la mondialisation des marchés dans le domaine de l'Internet : Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence, du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2000*, COM/2002/0045final, paragraphe 1.2.1.

acquisitions d'entreprises⁸⁵. Par ailleurs, les sociétés multinationales tirent profit du contexte en accroissant leur taille comme leurs parts de marchés, par le biais d'une implantation dans plusieurs régions du monde et d'une externalisation de différentes étapes de leur activité⁸⁶. Elles n'hésitent plus à utiliser la puissance ainsi acquise pour commettre des abus de position dominante sur de grands marchés, ou former avec d'autres entreprises des accords non concurrentiels d'ampleur mondiale⁸⁷. Face à ces situations, les règles de concurrence de l'Organisation multilatérale semblent complètement décalées⁸⁸. Ne s'appliquant qu'aux pratiques d'origine étatique, elles ne permettent pas d'appréhender le problème dans toute sa dimension.

23. Problématique de l'étude. Par conséquent, en réponse à la question essentielle que pose le sujet, l'OMC dispose de règles concurrentielles capables de former un droit pouvant répondre au problème des comportements anticoncurrentiels au niveau international. Toutefois, ce droit nécessite une adaptation aux nouvelles réalités du commerce mondial. En effet, si le cadre de l'institution paraît pertinent pour assurer la régulation de la concurrence internationale, son droit, en revanche, ne convient pas assez aux situations anticoncurrentielles procédant de la mondialisation des économies et devrait être amélioré en conséquence. Telle est la problématique qui sera développée dans la présente étude. L'adaptation concerne tant les textes que le système de règlement des différends chargé de leur application. Ce dernier demande un perfectionnement à la fois dans sa nature institutionnelle et dans son accessibilité. Car, outre le fait d'être fermé aux acteurs privés, son fonctionnement actuel ne garantit pas toujours une application effective des dispositions existantes, à cause de la méthode de sanction qui accorde beaucoup de place à la volonté de la partie condamnée⁸⁹. Aussi, malgré un succès avéré se traduisant par une participation d'un panel de pays très variés⁹⁰, un nombre important d'États membres peinent encore à accéder

⁸⁵ Les mouvements de ce genre intervenus entre 2002 et 2014 uniquement dans le secteur de l'Internet, un domaine mondial par essence, suffisent pour rendre compte de la réalité. Pour des détails sur les opérations : Journal *Le Monde*, Sélection hebdomadaire, édition du samedi 1^{er} mars 2014, N 3408, p. 7.

⁸⁶ Pierre BAUCHET, *opt. cit.*, p. 16 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, *opt. cit.*, p. 50-52 ; OMC, *Rapport annuel 1998*, *opt. cit.*, p. 43.

⁸⁷ Pour les cas d'abus de position dominante sur de grands marchés, nous pouvons citer les affaires « Microsoft » et « Google » : V. *supra*. Concernant les ententes internationales, l'OCDE les recense régulièrement. Cf. ses rapports suivants : OCDE, *Ententes injustifiables*, *opt. cit.*, 67 p. ; OCDE, *Les ententes injustifiables : progrès récents et défis futurs*, OCDE, 2003, 68 p. ; OCDE, *Les ententes injustifiables : troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998 de l'OCDE*, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence, vol. 8/1, pp. 7-59.

⁸⁸ Jean-Marc SIROËN, *L'OMC et la mondialisation des économies*, Recherche effectuée dans le cadre d'une convention conclue entre l'IRES et la C.F.E.-CGC, mai 1998, p. 6.

⁸⁹ V. en ce sens : Philippe VINCENT, *Institutions économiques internationales*, Larcier, 2^{ème} éd., 2013, p. 71.

⁹⁰ V. OMC, *Rapport annuel 2014*, Publications de l'OMC, 2014, p. 86.

audit système, en raison du coût financier que génère une procédure devant l'ORD⁹¹. Ce qui représente autant d'occasions manquées d'assurer la mise en œuvre des règles de l'Organisation. Mais la juridiction de l'OMC devrait surtout s'ouvrir aux particuliers, aux fins de ne pas laisser le contentieux de la concurrence internationale tomber dans le giron des arbitres internationaux, qui n'ont pas toujours une vision convenue de l'ordre public⁹². Évidemment au regard de la conception du mécanisme de règlement des différends, il est difficile de réaliser un tel élargissement sans bouleverser le système, d'autant plus que les États sont très attachés à son caractère interétatique. Pour preuve, les initiatives opérées par l'ORD en cette direction, notamment en admettant les personnes privées en qualité d'*amicus curiae*, avaient donné lieu à certaines réticences⁹³. Malgré ces réticences, il nous semble néanmoins possible d'envisager une réforme progressive, acceptable pour les États en vue de l'intégration des particuliers dans le système de règlement des litiges. Pour ce faire, il conviendra d'opérer une modification du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (ci-après, Mémoire d'accord) aux fins d'y insérer deux dispositions : l'une consacrerait la technique de l'*amicus curiae*, l'autre disposition énoncerait, soit une faculté pour les personnes privées de saisir directement l'ORD en cas de manquement à un texte générant explicitement des droits au profit des particuliers, soit un engagement des États sur l'aménagement dans leurs ordres juridiques respectifs, de moyens permettant auxdites personnes d'invoquer les dispositions des accords comportant des références directes aux particuliers.

24. Quant à l'adaptation des textes, il est question non seulement d'étendre leur portée aux autres acteurs du commerce, mais également de les compléter pour réprimer efficacement les comportements des acteurs qui y sont déjà soumis. Parce que, si les piliers et autres accords de l'institution multilatérale regorgent de règles et notions comparables à celles présentes classiquement dans les droits nationaux de la concurrence, à savoir la transparence, l'interdiction des discriminations, de la concurrence déloyale, de l'abus de position dominante,...etc., ils ne couvrent cependant pas l'intégralité de la matière. Des branches importantes, voire essentielles, à l'instar des ententes ou du contrôle des concentrations, n'y figurent nulle part. La mondialisation des marchés s'accompagnant inévitablement de

⁹¹ Il s'agit de la catégorie des pays les moins avancés : Philippe VINCENT, *opt. cit.*, p. 72 ; Philippe FAUCHER, « Un agenda pour une mondialisation équitable », Christian DEBLOCK (dir.), *opt. cit.*, p. 176.

⁹² Laurence BOY, « Mondialisation et contrôle des opérations de concentrations », in Walid ABDELGAWAD (dir.), p. 410.

⁹³ Charles-Emmanuel COTE, *La participation des personnes privées au règlement des différends commerciaux internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruylant, 2007, p. 406-411 ; Eric CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, 2003, p. 23-24.

situations relevant des branches en question, de telles insuffisances entament naturellement la crédibilité du droit de l'OMC pour assurer l'encadrement de la concurrence internationale. Dans le dessein d'y remédier puis de résorber le décalage vis-à-vis des nouvelles réalités anticoncurrentielles, un accord multilatéral spécifique à la concurrence semble indispensable. En effet, devant l'impossible élargissement des instruments actuels aux comportements d'origine privée, seul un nouveau dispositif peut améliorer le système. Il consoliderait le droit primaire de la concurrence constitué des principes fondamentaux de l'Organisation ainsi que des différentes règles matérielles insérées dans les dispositions des accords commerciaux existants, régirait les branches non couvertes jusqu'ici et trouverait un moyen de prendre en compte les comportements des agents économiques privés. Le contrôle de sa mise en œuvre s'effectuerait à travers le système de règlement des différends et un mécanisme spécifique d'examen par les pairs. Ces deux techniques de surveillance présentent l'avantage de s'appliquer déjà dans le cadre de l'OMC. Elles devraient ainsi susciter moins de crainte de transfert de souveraineté de la part des États⁹⁴. En sus de cet élément, plusieurs autres avantages concourent à la réalisation du dispositif, quand bien même de sérieux obstacles ne seraient pas à négliger.

25. Structure de l'étude. De la problématique indiquée, se dégage une structure en deux parties. Dans la première, il s'agira d'établir l'existence d'un droit de la concurrence au sein de l'institution responsable du commerce mondial. L'objectif consiste à faire valider l'hypothèse selon laquelle, l'OMC, institution qui s'est toujours préoccupée de la concurrence, correspond à une piste pertinente pour la recherche d'une solution multilatérale au problème de la mondialisation des comportements anticoncurrentiels. Pour ce faire, nous commencerons d'abord par mettre en évidence toutes les règles de concurrence contenues dans les textes de l'OMC et expliquerons ensuite en quoi elle dispose d'une juridiction tout à fait apte à en assurer l'application. Cette démonstration sera précédée d'une étude consacrée aux limites de l'application extraterritoriale des législations nationales ainsi que des mesures bilatérales dans la régulation de la concurrence internationale, et la justification subséquente de l'approche multilatérale.

26. La deuxième partie nuanciant la première, tentera d'abord d'expliquer toutefois les raisons de l'inadaptation du droit de la concurrence de l'OMC à la mondialisation des

⁹⁴ Les Etats sont en effet réticents à un transfert de compétences en la matière. Précisément, ils ne semblent pas prêts à accepter l'idée de soumettre les décisions de leurs autorités nationales au contrôle d'une instance supranationale : Joanna R. SHELTON, « Politique de la concurrence : va-t-on vers des règles internationales ? », RDAI, 1999, n° 4, p.464-461 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 308.

pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration. Elle s'attellera ensuite à trouver des solutions visant à rendre ce droit plus adéquat aux objectifs attendus. Le raisonnement sera basé sur ce qu'un tel droit ne cible que les comportements anticoncurrentiels d'origine étatique et que seuls donc les litiges impliquant un État peuvent être jugés devant l'ORD, alors que les agissements des opérateurs privés, qui enfreignent le plus les règles du jeu de la concurrence ne sont pas pris en compte. L'intérêt de l'adaptation de ce droit réside, au-delà de l'apport de solutions efficaces permettant la répression des comportements d'origine privée, dans la possibilité pour l'OMC de mettre un terme à la récupération des profits tirés du démantèlement des entraves d'origine étatique par les entreprises privées sans que celles-ci puissent échapper à l'application du droit de la concurrence. Elle contribuerait de la sorte à la préservation des acquis du libre-échange, mais aussi à la protection des consommateurs du monde entier, en mettant un terme au relatif vide juridique dont bénéficient les grandes sociétés multinationales dans le domaine de la concurrence au niveau international⁹⁵.

⁹⁵ Madame Michèle RIOUX parle de « *vide institutionnelle sur le plan international en matière de concurrence* » : « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », Cahiers de recherche – CEIM (04-04), GRIC, Université du Québec à Montréal, septembre 2004, p. 11.

PARTIE 1 : LA PERTINENCE DU CADRE DE L'OMC DANS LA RECHERCHE D'UNE RÉGULATION DE LA CONCURRENCE INTERNATIONALE

27. L'internationalisation des marchés, ainsi que l'interconnexion des économies occasionnées par la mondialisation économique, appellent nécessairement une régulation de la concurrence internationale à la hauteur de l'ampleur du phénomène. Le problème se pose avec plus d'acuité dans la mesure où les approches adoptées jusqu'à présent pour appréhender les comportements anticoncurrentiels de dimension transfrontalière ne semblent pas apporter de solutions efficaces. Il s'agit, en l'occurrence, de l'attitude unilatérale consistant une application extraterritoriale des droits nationaux sur la concurrence et les mesures issues d'accords bilatéraux. Devant leurs limites, la voie multilatérale ou plurilatérale s'impose inexorablement. La doctrine paraît unanime sur le sujet. En revanche, des divergences apparaissent quant au choix des moyens d'institution d'une politique ou d'un droit international de la concurrence. Le cadre de l'OMC ne suscite pas toujours une adhésion générale pour remplir une telle mission, d'autres structures sont également préconisées⁹⁶.

28. Favorable à une démarche tournée vers l'OMC, nous pensons que cette institution constitue la piste la plus pertinente pour la recherche d'une régulation de la concurrence internationale et ce, pour deux raisons majeures. Premièrement, elle présente l'avantage d'exister et d'être la principale, voire l'unique, organisation internationale s'occupant du droit des échanges internationaux qui fonctionne relativement bien. Ensuite, elle dispose surtout d'un ensemble de règles de concurrence pouvant former un droit de la concurrence capable de faire face aux problèmes posés par la mondialisation des comportements anticoncurrentiels.

29. Si la nécessité de l'approche multilatérale se justifie par les limites de l'unilatéralisme et du bilatéralisme dans l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles internationales (Titre 1), la pertinence de l'OMC pour servir de cadre à une telle approche s'établit à travers l'existence, dans son dispositif juridique, d'un droit de la concurrence (Titre 2).

⁹⁶ V. Frank ROMANO, *opt. cit.*, p. 22 et 166.

TITRE 1 : LES LIMITES DE L'UNILATÉRALISME ET DU BILATÉRALISME DANS L'ENCADREMENT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES INTERNATIONALES

30. Face à l'accroissement des pratiques anticoncurrentielles transfrontières, certains États ont cru pouvoir résoudre le problème de manière unilatérale en essayant d'appliquer leurs droits de la concurrence hors de leurs frontières. Adoptée d'abord par les États-Unis, cette démarche fut également suivie par l'Union européenne⁹⁷. S'articulant essentiellement autour de la « *théorie de l'effet* », l'application extraterritoriale des droits nationaux de la concurrence se heurte à un certain nombre d'obstacles qui peuvent limiter considérablement son efficacité⁹⁸. De la non-prise en compte des cartels à l'exportation au refus de communication d'informations et de preuves, en passant par les législations de blocage et le défaut d'exequatur, la liste des entraves à l'efficacité d'une mesure unilatérale de répression d'un comportement anticoncurrentiel international est donc conséquente.

31. Outre l'unilatéralisme, la voie bilatérale a également été explorée, notamment par le biais d'adoptions d'accords bilatéraux, exemple l'Accord Union européenne/États-Unis de 1991 et l'Accord États-Unis/Canada de 1984 (modifié en 1995)⁹⁹. Ces mesures bilatérales ne semblent pas non plus permettre de régler les questions de concurrence internationale. Fondé sur le principe de la courtoisie et un système de notifications réciproques des informations relatives à des affaires qui sont susceptibles d'affecter l'autre partenaire, le mécanisme de la coopération bilatérale souffre de deux principaux défauts, à savoir l'absence de valeur contraignante et l'impossibilité de partager les informations confidentielles¹⁰⁰. L'affaire « *Boeing/McDonnell Douglas* » en constitue une parfaite illustration¹⁰¹.

⁹⁷ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *opt. cit.*, p. 11 ; Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », *art. cit.*, p. 68-72.

⁹⁸ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », *art. cit.*, p. 72-73 ; Frank ROMANO, *opt. cit.*, p. 19 et 123 ; et Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », *art. cit.*, 22-23.

⁹⁹ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », *art. cit.*, p. 76 et s.; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », *art. cit.*, p. 23-24 et Frank ROMANO, *opt. cit.*, p. 24 et s.

¹⁰⁰ Frank ROMANO, *opt. cit.*, p. 59 et 65 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », *art. cit.*, p. 23-24.

¹⁰¹ Frank ROMANO, *opt. cit.*, p. 59-75 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », *art. cit.*, p. 23-24.

32. Si toutes ces solutions ont le mérite d'exister et d'avoir pu régler des cas ponctuels, elles sont cependant loin d'être suffisantes pour une régulation de la concurrence internationale dans un contexte de mondialisation économique. Afin de prouver l'approche qui convient le mieux, c'est-à-dire une attitude collective, une étude détaillée sera consacrée à l'inadéquation de l'unilatéralisme (Chapitre 1^{er}) avant d'analyser les limites des accords bilatéraux (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'INADÉQUATION DES SOLUTIONS UNILATÉRALES

33. La tentative des États d'appliquer extra-territorialement leurs législations sur la concurrence ne coïncide pas forcément avec l'avènement de la mondialisation économique. Le *Sherman Act* adopté en 1890 par le Congrès des États-Unis comportait déjà des dispositions relatives aux comportements anticoncurrentiels nés en dehors du territoire américain¹⁰².

34. En revanche, elle a connu un regain d'intérêt et s'est intensifiée à cause de l'internationalisation des marchés qui favorise le développement de pratiques anticoncurrentielles transfrontières. Selon Madame Evelyne Friedel-Souchu, « *l'interdépendance des économies nationales accroît les situations où l'État se réclame d'une compétence extraterritoriale pour protéger ses intérêts économiques* »¹⁰³. C'est donc en réaction aux conséquences de la globalisation de l'économie que plusieurs pays essayent d'appréhender des situations anticoncurrentielles qui ne relèvent pas a priori de leurs droits internes et préserver ainsi leurs intérêts. Afin de légitimer leurs démarches par rapport aux règles du droit international, ils ont inventé des théories permettant de justifier l'exception à la règle qui limite la souveraineté de juridiction de l'État à l'intérieur de ses frontières¹⁰⁴. Il s'agit, entre autres, de la théorie de l'effet et de la théorie de l'unité économique¹⁰⁵. Les États-Unis et l'Union européenne représentent les entités qui ont le plus tenté d'étendre unilatéralement leurs droits de la concurrence à des situations extraterritoriales, raison pour laquelle la présente étude portera essentiellement sur les approches adoptées dans ces deux espaces.

35. L'attitude unilatérale dans la répression des pratiques anticoncurrentielles internationales génère des risques de conflits de compétence, tolère souvent les ententes à l'exportation et se confronte parfois à des législations de blocage interdisant toute communication d'informations et de preuves à une autorité étrangère. Vient s'ajouter à cette

¹⁰² Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 57-58 ; Habib KAZZI, *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée*, PUAM, 2007, p. 258-259.

¹⁰³ Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 18.

¹⁰⁴ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 69 ; Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 30.

¹⁰⁵ Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 30-33 ; Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 69-72.

liste la divergence des intérêts économiques nationaux¹⁰⁶. L'efficacité de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence est donc très limitée. Avant d'exposer ces insuffisances (Section 2), il convient d'expliquer ce qu'il faut entendre par application extraterritoriale en démontrant comment les États ou espaces économiques utilisent cette technique (Section 1).

Section 1 : L'application extraterritoriale des droits nationaux de la concurrence

36. Face à la situation provoquée par la mondialisation économique, à savoir un cadre octroyant aux entreprises, notamment les multinationales, la possibilité de développer leurs activités sans se soucier véritablement des « *contraintes spatio-temporelles* »¹⁰⁷, les États ne pouvaient que réagir. Conscients que la poursuite des objectifs de leurs droits de la concurrence respectifs passe par la saisine de l'ensemble des comportements anticoncurrentiels, y compris ceux des entreprises étrangères qui affectent leurs marchés internes, ils ont intégré la nécessité d'avoir des règles concurrentielles de portées extraterritoriales¹⁰⁸. C'est ainsi que les États-Unis, l'Union européenne et d'autres États se revendiquent d'une compétence extraterritoriale en la matière.

37. Même si l'attitude de certains d'entre eux a fait l'objet de beaucoup de critiques¹⁰⁹, les États essaient néanmoins de trouver des bases juridiques à leur revendication par rapport aux règles du droit international. Ils mettent par exemple en avant des « *arguments fondés sur leur souveraineté politique et économique* »¹¹⁰. La recherche d'une légitimation de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence a généré la mise en place d'un certain nombre de théories telles que « *l'effet* » et « *l'unité économique* ». Toutes les mesures unilatérales mises en œuvre par les États s'articulent autour de ces théories¹¹¹.

38. Avant d'envisager les approches américaine et européenne qui utilisent lesdites théories afin d'étendre le champ de compétence de leurs législations sur la concurrence à des

¹⁰⁶ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 7.

¹⁰⁷ L'expression est employée par Monsieur Bienvenu OKIEMY : « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 67.

¹⁰⁸ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 1.

¹⁰⁹ Nous pensons au cas des États-Unis et de l'Union européenne : Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 8.

¹¹⁰ Habib KAZZI, opt. cit., p. 253 ; Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 18.

¹¹¹ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 30 ; Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 69-72.

situations anticoncurrentielles transnationales (II et III), une élucidation de la notion d'application extraterritoriale s'impose (I).

I - La notion d'application extraterritoriale du droit

39. Dans son article intitulé « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit »¹¹², Madame Brigitte Stern propose une excellente analyse terminologique à propos du concept d'extraterritorialité. En partant de l'hypothèse selon laquelle il y a extraterritorialité d'une norme ou d'une décision, « *dès lors que tout ou partie de leur processus d'application – de l'édiction à la réalisation matérielle – se déroule en dehors du territoire de l'État auteur de cette norme ou de cette décision* », elle définit l'application extraterritoriale du droit par un État comme « *le fait pour celui-ci d'appréhender à travers son ordre juridique des situations extérieures à son territoire* »¹¹³. Madame Stern opère une distinction entre deux situations d'application extraterritoriale du droit qui doivent être distinguées à leur tour de l'effet extraterritorial du droit¹¹⁴. La première situation, qu'elle qualifie d'« *application extraterritoriale médiatisée* », correspond à celle où la « *mise en œuvre d'une norme est le fait des autorités d'un État autre que l'État auteur de la norme, plus précisément des tribunaux de cet État* » ; la deuxième situation, appelée « *application extraterritoriale directe* », représente le cas dans lequel l'application d'une norme ou d'une décision est assurée par l'État d'origine mais ne se réalise pas intégralement sur le territoire de ce dernier¹¹⁵. Concernant l'effet extraterritorial du droit, il s'agit d'une question réglée par des normes de droit interne et qui pose le « *problème général de la compétence des normes ou décisions étrangères que possèdent les États* »¹¹⁶.

40. L'extraterritorialité évoque ainsi une sorte de revendication de compétence qui s'étend au-delà des frontières de l'État. Elle est liée à cette notion de compétence internationale et son

¹¹² Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 7-76.

¹¹³ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 9-10.

¹¹⁴ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 9.

¹¹⁵ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 9.

¹¹⁶ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 10.

contenu ne peut s'apprécier qu'à travers une analyse des « *prérogatives extraterritoriales* »¹¹⁷ des États. En ce domaine, les choses ne semblent pas être si évidentes : même si le droit international admet, sous certaines réserves, la faculté pour un État d'appréhender des situations hors de son territoire dans un but de rendre sa législation nationale beaucoup plus efficace¹¹⁸, la question de la licéité de l'extension unilatérale d'un ordre juridique étatique n'est pas épuisée pour autant et suscite souvent des réactions. Généralement, pour étudier les pouvoirs extraterritoriaux des États, on oppose la compétence normative à la compétence d'exécution.

41. La compétence normative s'entend du « *pouvoir qu'a un État d'édicter des règles générales ou individuelles, à travers ses organes législatifs, exécutifs ou juridictionnels* »¹¹⁹, c'est-à-dire la juridiction¹²⁰. Autrement dit, il s'agit de la capacité d'élaboration et d'édiction de règles de portées générales et individuelles.

42. La compétence d'exécution recouvre, quant à elle, le « *pouvoir que possède un État de mettre en œuvre une règle générale ou une décision individuelle par des actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre de la contrainte étatique* »¹²¹. Elle correspond à l'imperium¹²² et représente, en conséquence, le pouvoir que détient un État pour adopter des mesures visant à assurer l'application d'une norme ou à sanctionner sa transgression¹²³.

43. Ainsi, on s'aperçoit que l'analyse de la notion d'extraterritorialité renvoie à la problématique de la compétence étatique qui conduit à opposer la compétence normative à la compétence d'exécution. Cette dichotomie n'a pas été opérée à des fins inutiles ; elle trouve son sens dans la recherche du régime applicable à la notion d'extraterritorialité, ou plutôt dans la délimitation de la compétence extraterritoriale de l'État. En effet, les revendications de compétences extraterritoriales de la part des États s'apprécient au regard du droit international qui effectue une distinction entre les deux aspects de la compétence étatique que sont

¹¹⁷ Selon l'expression de Monsieur Habib KAZZI, opt. cit., p. 254.

¹¹⁸ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 13.

¹¹⁹ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 11.

¹²⁰ Habib KAZZI, opt. cit., p. 254.

¹²¹ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 11.

¹²² Habib KAZZI, opt. cit., p. 254.

¹²³ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 13-14.

l'édiction d'une norme ou d'une décision et son application¹²⁴. L'arrêt « *Lotus* », rendu le 7 septembre 1927 par la Cour permanente de justice internationale (CPJI)¹²⁵, désigne, selon un avis quasi unanime de la doctrine¹²⁶, la décision jurisprudentielle qui a établi la matière. Cette interprétation résulte du fait que l'arrêt portait sur un domaine où l'État exerce des prérogatives de puissance publique, en l'occurrence le droit pénal. Le passage qui permet d'affirmer que la décision dépasse les contours du droit pénal pour fixer tout simplement les règles de compétence extraterritoriale des États est le suivant : « *La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale ; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défende à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus favorables* »¹²⁷. Il ressort clairement de cet arrêt que les États sont totalement libres d'adopter des normes de portées extraterritoriales. La seule limite imposée consiste dans le respect de la souveraineté nationale de chaque État. Même si certains experts comme Madame Brigitte Stern, invitent à nuancer l'analyse et à ne pas considérer la formulation employée par la CPJI comme l'affirmation de l'existence d'une « *compétence normative extraterritoriale*

¹²⁴ Habib KAZZI, opt. cit., p. 255-256.

¹²⁵ Préc. CPJI, 7 septembre 1927, n° 10. Nous rappelons que cette juridiction a été remplacée en 1946 par la Cour internationale de justice (CIJ).

¹²⁶ A titre d'exemple : Habib KAZZI, opt. cit., p. 256 ; Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 14-15 ; Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 11-13

¹²⁷ Préc. CPJI, 7 septembre 1927, p. 18-19.

illimitée »¹²⁸, la considérable marge de manœuvre dont dispose l'État en la matière est difficilement contestable.

44. Appliqué au domaine de la concurrence, ce principe permet de déduire que l'État dispose d'une grande liberté pour édicter des législations tendant à régir des situations anticoncurrentielles nées en dehors de son territoire. Le problème réside dans le fait que la compétence normative prise isolément perd de son utilité. En effet, elle est très dépendante de la compétence d'exécution. Mais concernant cette dernière, l'arrêt « *Lotus* » retient qu'elle est strictement territoriale. Donc, hormis les exceptions résultant de l'existence d'une règle internationale permissive, un État ne peut pas exercer sa compétence d'exécution sur le territoire d'un autre, dans la mesure où cette dernière « *implique l'exercice de la puissance étatique* »¹²⁹.

45. Le caractère limité de la compétence d'exécution contraste avec la grande liberté qui règne au niveau de la compétence normative. Cet état du droit positif n'arrange pas forcément les affaires des pays tentés par un élargissement de leurs droits de la concurrence à l'extérieur de leurs frontières. Conscients que leurs volontés d'appréhender des comportements anticoncurrentiels hors frontières se heurteront à la stricte territorialité de la compétence d'exécution, les États ont mis en avant leurs souverainetés économiques¹³⁰ et développé d'autres fondements juridiques. Procédant par une interprétation extensive des critères de compétence reconnus par le droit international, à savoir la territorialité, la personnalité et la souveraineté¹³¹, les États, principalement les États-Unis et l'Union européenne, ont développé d'autres critères afin d'étendre leurs législations sur la concurrence à des situations qui ne relèvent pas de leur ordre juridique¹³². Conceptualisés dans des théories, ces techniques étatiques reposent sur l'effet territorial anticoncurrentiel et l'unité économique de l'entreprise.

46. La théorie de l'effet territorial constitue, selon Madame Evelyne Friedel-Souchu, une « variante du principe de territorialité, attribuant une importance particulière à la localisation

¹²⁸ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 19.

¹²⁹ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 12.

¹³⁰ Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 18.

¹³¹ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 23-26.

¹³² Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 30 ; Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p.30 et s.

du résultat de l'infraction sur le territoire national »¹³³. Elle a été créée par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire « Alcoa »¹³⁴ en 1945 afin de permettre aux autorités américaines de concurrence de réprimer des comportements nés à l'étranger mais produisant des effets sur leur territoire¹³⁵. En réalité, les juges américains n'ont pas inventé une nouvelle théorie ; ils ne font que consacrer une règle qui existait déjà dans le droit américain de la concurrence. En effet, le Sherman Act de 1890 et le Clayton Act de 1914 contenaient des dispositions prenant en compte des agissements étrangers ayant un effet anticoncurrentiel sur le marché américain¹³⁶.

47. La singularité de cette décision réside dans le fait qu'il s'agissait de la première fois qu'une juridiction américaine décida d'appliquer le *Sherman Act*, pour une activité exercée à l'étranger et par une entreprise étrangère, en se basant uniquement sur le critère des effets affectant le jeu de la concurrence sur le sol des États-Unis¹³⁷. Les conditions d'application posées par cette jurisprudence et les textes qui l'ont reprise seront détaillées dans la prochaine subdivision. Mais auparavant, une élucidation de la deuxième grande théorie développée par les États aspirant à une application extraterritoriale de leur législation sur la concurrence semble opportune. Et c'est plutôt vers l'autre côté de l'Atlantique qu'il faut se tourner car c'est à partir de là-bas qu'a émergé la théorie en question. En effet, avant d'accorder une place de choix à la théorie des effets, la Cour de l'Union européenne a fréquemment eu recours à une théorie baptisée « *théorie de l'unité économique* » de l'entreprise afin de pouvoir justifier l'argument selon lequel la Communauté européenne a la faculté d'étendre de manière extraterritoriale son ordre juridique dans le domaine de la concurrence¹³⁸.

48. La première décision à œuvrer dans ce sens est l'arrêt *Imperial Chemical Industries Limited (ICI)*, dite affaire des « *matières colorantes* », rendue le 14 juillet 1972 par la Cour de justice des Communautés européennes (actuelle CJUE : Cour de justice de l'Union européenne)¹³⁹. Dans cette affaire, la Commission européenne avait sanctionné la firme anglaise *ICI*, ainsi que d'autres entreprises, pour violation présumée de l'article 85 du traité

¹³³ Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 30.

¹³⁴ *Alcoa, US v Aluminium Co of America*, 148 F 2nd 416 (2nd Cir 1945).

¹³⁵ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 69 ; Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 31 ;

¹³⁶ Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 57-60 et p. 84.

¹³⁷ Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 100.

¹³⁸ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 71-72.

¹³⁹ Préc., C.J.C.E., 14 juillet 1972, p. 619.

CEE due à une pratique concertée de fixation des prix des matières colorantes à l'intérieur du commun. Ayant son siège en Angleterre, qui ne faisait pas partie à l'époque de la CEE, mais détenant des filiales implantées dans certains pays de la Communauté et qui avaient pris part à cette entente, l'entreprise *ICI* prétendait qu'elle n'était pas soumise à la compétence de la Communauté européenne et décida de faire un recours auprès de la CJCE. Elle avança le moyen selon lequel « *la décision prise par la Commission à son égard est basée sur une conception erronée de la compétence extraterritoriale de la Communauté* »¹⁴⁰. Selon elle, la compétence de la Communauté avait été justifiée en se fondant uniquement sur « *l'idée que les règles de concurrence du traité seraient applicables à toutes les restrictions de concurrence qui produisent à l'intérieur du marché commun des effets visés à l'article 85, paragraphe 1, sans qu'il y ait lieu d'examiner si les entreprises qui sont à l'origine de ces restrictions ont leur siège à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté* »¹⁴¹. Constatant que la société mère qu'est *ICI* s'était prévalu de son pouvoir de direction sur ses filiales installées sur le territoire du marché commun, la Cour européenne en avait déduit qu'elle avait pu faire appliquer sa décision relative aux augmentations concertées des prix sur ce marché. Elle décida que « *la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; que tel peut être notamment le cas lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère* »¹⁴². La théorie de l'unité économique de l'entreprise était née : si une filiale ne décide pas d'elle-même de son comportement sur le marché et se contente d'appliquer les instructions de sa société mère, alors elle forme unité économique avec celle-ci. Cette théorie sera consolidée et précisée dans d'autres décisions de la CJCE, notamment l'arrêt *Commercial Solvents* du 6 mars 1974 dans lequel la Cour avait retenu que la théorie de l'unité économique justifiait que l'on puisse imputer le comportement d'une société mère non installée sur le territoire du marché commun à ses sociétés filiales qui y sont établies¹⁴³.

49. Cette technique européenne d'extraterritorialité a une équivalence aux États-Unis, ou du moins une théorie à peu près similaire du point de vue de l'objet. Il s'agit de la « *théorie*

¹⁴⁰ Préc., C.J.C.E., 14 juillet 1972, p. 624.

¹⁴¹ Préc., C.J.C.E., 14 juillet 1972, p. 624.

¹⁴² Préc., C.J.C.E., 14 juillet 1972, p. 666.

¹⁴³ C.J.C.E., 6 mars 1974, aff. jointes 6 et 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission (Zoja)*, Rec., C.J.C.E., 1974, p. 223.

du contrôle économique »¹⁴⁴. Selon Madame Evelyne Friedel-Souchu, elle est fondée sur une « *conception extensive du principe de personnalité et du critère de nationalité* » et les Américains s'en servent comme d'un outil leur permettant de « *contrôler l'activité des filiales étrangères de sociétés américaines* », en reconnaissant la « *compétence personnelle de leurs juridictions* »¹⁴⁵.

50. L'analyse de la notion d'extraterritorialité a permis de mettre en évidence que les deux espaces économiques les plus avancés en matière de régulation de la concurrence utilisent dans l'ensemble les mêmes techniques pour étendre leur législation sur la concurrence au-delà de leurs frontières. Néanmoins, les approches ne sont pas tout à fait pareilles. Cette situation en soi peut être source de difficulté, voire de limite dans l'encadrement des comportements anticoncurrentiels transfrontières, sans avoir besoin de démontrer l'insuffisance des théories développées par ces deux blocs pour agir de façon unilatérale. Les développements qui suivent permettront d'en mesurer la teneur.

II - L'approche américaine

51. Les Américains n'ont pas attendu l'accroissement de pratiques anticoncurrentielles sur la scène internationale pour se doter d'une réglementation de portée extraterritoriale. Leurs premières législations en matière de concurrence comportaient déjà ce volet extérieur. Comme le rappelle Monsieur Ralph Folsom, la « *Section 7 du Sherman Act prévoit l'application extraterritoriale de l'Act et concerne toute entreprise étrangère, ainsi que toute entrave au commerce, opérant en dehors des États-Unis mais ayant des effets directs, importants et raisonnablement prévisibles sur le commerce américain* »¹⁴⁶. Outre ce texte fondateur du droit américain de la concurrence qu'est le *Sherman Act*, les deux principales autres législations qui composent ledit droit contiennent aussi des dispositions à caractère extraterritorial¹⁴⁷. Il s'agit du *Clayton Act* et du *Federal Trade Commission Act*. Il est bien connu qu'en matière d'extraterritorialité, les difficultés ne naissent pas de l'adoption d'une loi

¹⁴⁴ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *opt. cit.*, p. 32-33.

¹⁴⁵ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *opt. cit.*, p. 32.

¹⁴⁶ Ralph FOLSOM, « Le droit de la concurrence », in Alain A. LEVASSEUR, *Droit des États-Unis*, Dalloz, 2^{ème} éd., avril 1994, p. 276 ; *Westinghouse Electric Corp. V. Rio Algom Ltd.*, 617 F.2d 1248 (1980).

¹⁴⁷ Ali Cenk KESKIN, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, décembre 2009, p. 202-203.

nationale extraterritoriale mais plutôt de son application ou de la volonté de ses auteurs de l'étendre à des situations qui ne relèvent pas forcément de leur ordre juridique. Ainsi, dès les premières décisions américaines allant dans ce sens, les États-Unis ont fait l'objet d'énormes critiques de la part des autres nations. Elles ont atteint un sommet vers la fin des années 1970 avec la décision adoptée par les juridictions américaines dans l'affaire du cartel de l'uranium¹⁴⁸.

52. Souvent accusés de vouloir imposer leur droit de la concurrence au reste du monde, les Américains ont donc essayé, au fil du temps, d'ajuster leur conception de l'extraterritorialité. D'une conception stricte de la territorialité, ils sont passés à une approche fondée sur une interprétation extensive de la théorie des effets, avant de revenir vers une position beaucoup plus mesurée qui encadre ladite théorie et prend en compte les intérêts des autres États¹⁴⁹. Ces changements de courant sont généralement dus à des revirements de jurisprudence qui révèlent les difficultés des autorités américaines dans leur recherche d'appliquer extraterritorialement le droit américain de la concurrence tout en respectant le droit international et l'intérêt des autres États concernés par le litige qu'elles tranchent. Un tel constat laisse à penser que l'attitude unilatérale ne constitue pas forcément la solution la mieux adaptée pour régir des comportements anticoncurrentiels transfrontières. L'idée se crédibilise davantage dès lors que la théorie du contrôle économique, autre élément permettant aux États-Unis d'étendre leur législation sur la concurrence, repose sur une interprétation extensive du critère de rattachement personnel dont la conformité par rapport au droit international semble encore discutable. On ne saurait comprendre l'approche américaine sur la question de l'extraterritorialité sans analyser en détail les différents critères de revendication de compétence dégagés outre-Atlantique.

53. Même si le critère de l'effet territorial anticoncurrentiel constitue le principal argument développé par les autorités américaines de la concurrence pour revendiquer leur compétence et l'application du droit des États-Unis, quatre courants semblent se dégager de l'attitude américaine vis-à-vis de la question de l'extraterritorialité du droit de la concurrence.

54. D'abord, les premières fois où elles étaient invitées à se pencher sur la question, elles avaient opté pour la territorialité stricte. La décision qui a amené les commentateurs, et la doctrine de manière générale, à parler de tendance au respect du principe de la territorialité est

¹⁴⁸ Ralph FOLSOM, art. cit., p. 276.

¹⁴⁹ Habib KAZZI, opt. cit., p. 270 et s. ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 17-20 ; Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 199-218.

l'affaire *American Banana Co. v. United Fruit Co.* du 26 avril 1909¹⁵⁰. Il était question de savoir si le *Sherman Act* pouvait s'appliquer à une pratique anticoncurrentielle réalisée à l'étranger. La Cour suprême a rejeté la demande de l'entreprise *American Banana Co.* qui reprochait à sa concurrente *United Fruit Co.* d'être à l'origine de la confiscation et de l'endommagement de sa plantation de bananes située au Panama, à la frontière du Costa Rica. Elle a déclaré sa décision en ces termes: "*the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done*"¹⁵¹. Autrement dit, la « *qualité d'un acte, qu'il soit légal ou non, doit être déterminée par la loi du pays dont l'acte est originaire* »¹⁵².

55. Une telle approche ne saurait convenir à aucun État tenté par la préservation des intérêts économiques de ses ressortissants et la protection de ses exportations. Son application sera écartée très tôt en raison des difficultés qu'elle génère mais surtout à cause des « *barrières perpétuelles* » érigées à l'encontre des exportations américaines¹⁵³. La territorialité stricte va donc laisser place à un autre courant issu de l'arrêt *U.S. v. American Tobacco Co.* rendu en 1911 par la Cour suprême des États-Unis¹⁵⁴. Dans cette affaire, la haute juridiction a refusé de suivre l'argumentaire développé par les défendeurs qui plaidaient la solution retenue dans l'arrêt *American Banana Co.* afin d'écartier l'application du droit américain de la concurrence à l'accord anticoncurrentiel qu'ils ont conclu à l'étranger, avec une entreprise étrangère ; elle a décidé que le « *Sherman Act est applicable lorsqu'une entreprise américaine signe un contrat avec une entreprise étrangère en territoire étranger* »¹⁵⁵. Certains ont cru voir en cette décision les germes de la théorie des effets qui va servir de critère principal dans les revendications de compétence américaine¹⁵⁶. Elle ne sera malheureusement pas confirmée dans les décisions ultérieures et il a fallu attendre jusqu'à l'adoption du fameux arrêt « *Alcoa* », que nous avons déjà cité¹⁵⁷, pour voir l'émergence d'un

¹⁵⁰ *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

¹⁵¹ *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, p. 356 (1909).

¹⁵² Cette traduction est de Frank ROMANO, opt. cit., p. 118.

¹⁵³ Ali Centk KESKIN, opt. cit., p. 209 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 270-271.

¹⁵⁴ *U.S. v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911) ; Ali CenK KESKIN, opt. cit., p. 209.

¹⁵⁵ Ali CenK KESKIN, opt. cit., p. 209 ; Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 86-87. En l'espèce, l'accord a été conclu en Angleterre avec la compagnie anglaise *Imperial Tobacco Company*.

¹⁵⁶ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 86 ; Ali CenK KESKIN, opt. cit., p. 209.

¹⁵⁷ Voir *Supra*.

nouveau courant qui va modifier clairement l'approche américaine en matière d'extraterritorialité¹⁵⁸.

56. Dans cette affaire, il était question de savoir si le *Sherman Act* pouvait s'appliquer à des pratiques anticoncurrentielles adoptées à l'étranger par des entreprises étrangères. En effet, la société américaine *Aluminium Co. of America*, défenderesse à l'action en justice, n'a pas pris part en tant que telle à la pratique incriminée. C'est sa filiale canadienne qui a participé à une entente établie en Suisse, portant sur le volume de production de l'aluminium dans le monde. Mais les deux sociétés avaient des actionnaires identiques et partageaient presque la même direction. La Cour suprême, ou plutôt le juge Learned Hand, chargé de trancher le litige à la place de la Cour, a retenu que le *Sherman Act* était applicable en ces termes : *"We should not impute to Congress an intent to punish all whom its courts can catch, for conduct which has no consequences within the United States. On the other hand, it is settled law... that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends"*¹⁵⁹. Ainsi, après avoir affirmé qu'un État pouvait imposer des obligations à des personnes qui ne relèvent pas de sa compétence si celles-ci commettent des actes dont les conséquences seraient ressenties à l'intérieur de ses frontières, la haute juridiction américaine conclut en retenant que les accords signés dans le cadre du cartel en question sont illégaux dès lors qu'ils ont été établis dans l'intention d'affecter les importations américaines : *"they were unlawful, though made abroad, if they were intended to affect imports and did affect them"*¹⁶⁰. Cette attitude est inédite ; le respect du principe de territorialité prôné jusqu'ici est mis de côté. Le critère de l'effet anticoncurrentiel sur le commerce des États-Unis voit le jour. Sous-tendu par la doctrine de « l'effet intenté » ou *"intended effects doctrine"*, cet arrêt *Alcoa* fixe une nouvelle tendance jurisprudentielle en matière d'extraterritorialité du droit de la concurrence¹⁶¹. Elle sera consolidée et précisée dans des textes législatifs, notamment dans les second et troisième *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* de 1965 et

¹⁵⁸ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 209 et s. ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 271 et s. ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 118.

¹⁵⁹ « Nous ne devrions pas attribuer au Congrès l'intention de punir tous ceux que nos tribunaux peuvent faire comparaître, pour des actes qui n'ont pas de conséquences à l'intérieur des États-Unis. Cependant c'est une règle de droit bien établie... que tout État peut imposer des obligations, même à des personnes qui ne sont pas de son allégeance, pour des actes accomplis en dehors de ses frontières qui ont des conséquences à l'intérieur de celles-ci » : *U.S. v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d 416, 2d Cir. (1945). Nous précisons que cette traduction est issue de : Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 31.

¹⁶⁰ *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416, 2d Cir. (1945).

¹⁶¹ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 210.

1987¹⁶². Selon ces textes, la théorie de l'effet est applicable dès lors que « *la restriction de concurrence née à l'étranger est susceptible d'exercer un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible* »¹⁶³. Cette conception ultra-large de l'extraterritorialité du droit de la concurrence ne peut être que source de conflits de lois ou d'intérêts avec d'autres nations. Ainsi, pour réduire les éventuels risques de conflits, les autorités américaines font évoluer leur position en précisant par le biais d'une nouvelle formulation de l'article 7 du *Sherman Act* et le *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FTAIA) de 1982 que sont exclues du champ d'application du *Sherman Act*, les « *conduites qui causent un préjudice concurrentiel dans un État étranger à moins que ces conduites n'affectent de manière directe, substantielle et raisonnablement prévisible, soit le marché intérieur américain ou le commerce d'importation, soit des exportations américaines* »¹⁶⁴. La jurisprudence aussi évolue vers une attitude de pondération et exige la prise en compte des intérêts des autres États, notamment dans l'affaire *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* de 1976¹⁶⁵. Le principe de mise en balance des intérêts en présence, ou « *judicial interest balancing* », posé par cet arrêt constitue actuellement, avec la théorie de l'effet, le principal critère de revendication de la compétence du droit américain de la concurrence¹⁶⁶. Mais la solution retenue dans l'arrêt *Hartford Fire Insurance Co. v. California*¹⁶⁷ incite à nuancer le constat. En effet, dans cette affaire, la Cour suprême a admis la compétence de juridiction extraterritoriale des tribunaux américains à l'égard des entreprises étrangères ou n'importe quelle autre entreprise qui porte atteinte au droit américain de la concurrence et ce, sans avoir pris en considération les intérêts de l'autre État concerné par le litige, en l'occurrence la Grande-Bretagne¹⁶⁸.

57. Outre la théorie de l'effet, principal critère de revendication de la compétence américaine, il est une autre théorie que les États-Unis mettent en avant afin de justifier l'application extraterritoriale de leur droit de la concurrence. À partir d'une interprétation extensive du critère de rattachement personnel communément admis par le droit international,

¹⁶² *Restatement of the Law (second) Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul, Minnesota, American Law Publishers, 1965, § 17; *Restatement of the Law (Third) Foreign Relations Law of the United States*, Philadelphia, American Law Institute Publishers, 1987, § 402, in Evelyne FRIEDEL-SOUCHE, opt. cit., p. 83-84.

¹⁶³ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 70 ; C. RAKOVSKY, « Politique de concurrence : le volet international » *Rev. des Affaires Européennes*, n° 2, 1997, p. 160.

¹⁶⁴ Habib KAZZI, opt. cit., p. 272.

¹⁶⁵ *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976).

¹⁶⁶ Habib KAZZI, opt. cit., p. 273.

¹⁶⁷ *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993).

¹⁶⁸ Frank ROMANO, opt. cit., p. 118-119.

ils ont développé un autre critère axé sur le contrôle économique¹⁶⁹. L'objectif consiste à contrôler les pratiques et l'activité de manière générale de certaines sociétés étrangères, filiales de sociétés américaines et, par le truchement de ce contrôle, faire admettre la « *compétence personnelle de leurs juridictions* »¹⁷⁰. Cette approche pousse la logique de l'extraterritorialité encore un peu plus loin : alors même qu'aucun lien de nationalité ne lie une personne morale aux États-Unis, elle est néanmoins susceptible d'être soumise au droit de cet État pour la simple raison qu'elle est contrôlée par une société américaine. Il est clair que l'intention qui se cache derrière une conception aussi large du principe de personnalité réside dans la protection des intérêts économiques américains. Mais leur approche est-elle conforme au droit international ? Face à une telle question, on ne peut qu'être sceptique, tant la théorie du contrôle économique semble aller au-delà des critères de rattachement territorial dégagés en droit international. En attendant d'apporter, dans la deuxième section de ce chapitre, une réponse détaillée concernant la conformité ou pas de la théorie en cause, mais également de son efficacité dans la recherche d'un encadrement des pratiques anticoncurrentielles internationales, attardons-nous sur la position européenne en ce domaine

III - L'approche européenne

58. A l'instar des États-Unis, l'Union européenne n'a pas non plus attendu la multiplication des comportements anticoncurrentiels occasionnée par la mondialisation des économies pour se doter de dispositifs lui permettant d'appliquer le droit communautaire de la concurrence au-delà de l'espace européen. Le Traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne comportait déjà des dispositions à portée extraterritoriale, notamment ses articles 85 et 86. Sans revenir sur les détails des différentes réformes intervenues depuis la création du marché commun et ayant entraîné une migration du contenu de ces articles vers d'autres textes ou un changement de numéro, les règles matérielles européennes relatives à la concurrence se trouvent aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Et ces textes se réfèrent directement à certains concepts ou théories tel que « *l'effet* », développé dans le cadre de

¹⁶⁹ Evelyne FRIEDEL-SOUCU, *opt. cit.*, p. 32 et s.; Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *art. cit.*, p. 33.

¹⁷⁰ Evelyne FRIEDEL-SOUCU, *opt. cit.*, p. 32.

tentatives d'application extraterritoriale du droit national de la concurrence à des situations présentant des éléments d'extranéité. Par exemple, le premier alinéa de l'article 101 TFUE dispose que « *sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur* ».

59. Ces références textuelles expresses ne suffisent pas à elles seules pour connaître la position adoptée par l'Union européenne en matière d'extraterritorialité des règles de concurrence, d'où la nécessité de s'intéresser à la pratique décisionnelle des autorités communautaires, en l'occurrence la Commission européenne et la CJUE. En ce domaine, elles se sont bien inspirées de leurs homologues américaines en développant les mêmes théories que ces dernières afin de justifier la compétence des autorités européennes ainsi que l'application du droit communautaire à des situations qui ne relèvent pas forcément de l'ordre juridique européen. Moins agressive que l'approche américaine, l'Europe centre sa position sur la « *théorie de l'unité économique* » ou « *l'unité de comportement* » qu'elle interprète comme une application du principe de territorialité mais qui lui permet néanmoins d'étendre son droit à des pratiques anticoncurrentielles nées en dehors du territoire européen et commises par des personnes non ressortissantes des pays membres du Marché commun.

60. Le respect du principe de territorialité stricte, par le truchement la théorie de l'unité économique désigne ainsi le principal courant adopté dans l'Union européenne dès l'apparition des premières affaires posant la question de l'extraterritorialité. Les décisions allant dans ce sens sont les arrêts *Imperial Chemical Industries (ICI)*, *Continental Can* et *Commercial Solvents* rendus successivement en 1972, 1973 et 1974¹⁷¹.

61. Dans l'arrêt *ICI* ou affaire des « *matières colorantes* », que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer dans nos précédents développements¹⁷², il était question de pratiques concertées de fixation des prix des matières colorantes au sein de la Communauté européenne. Un nombre assez conséquent d'entreprises, à peu près une soixantaine selon la Commission, avait pris part à cette entente, certaines directement, d'autres par le biais de leurs filiales installées sur le territoire du Marché commun. Et parmi les auteurs présumés de la pratique, il

¹⁷¹ Préc., C.J.C.E., 14 juillet 1972, p. 619 ; Préc., C.J.C.E., 21 février 1973, p. 215 ; Préc., C.J.C.E., 6 mars 1974, p. 223.

¹⁷² V. *supra*.

y avait des sociétés dont le siège social était implanté dans des pays tiers tels que les États-Unis, la Suisse ou la Grande-Bretagne (qui ne faisait pas encore partie de la Communauté européenne). Ils ont tous été condamnés par une décision de la Commission européenne du 24 juillet 1969 pour violation des dispositions de l'article 85, paragraphe 1 du traité CEE¹⁷³. Considérée comme un des acteurs majeurs et sanctionnée au même titre que les autres entreprises reconnues coupables de l'infraction de « *pratiques concertées de fixation du taux des hausses de prix et des conditions d'application de ces taux dans le secteur des matières colorantes en 1964, 1965 et 1967* », la firme britannique ICI forme un recours auprès de la Cour européenne à l'encontre de la décision. Elle alléguait l'incompétence de la Commission européenne vis-à-vis des personnes morales établies dans des États non-membres de la Communauté européenne et tentait de jouer sur l'existence de personnalité juridique distincte entre elle et ses filiales afin d'invoquer l'inapplication du droit européen de la concurrence à son égard. Pour la première fois que la Cour de justice est confrontée, selon les conclusions de l'avocat général Henri Mayras, à la question de savoir « *si des entreprises, dont le siège social se trouvait à l'extérieur du marché commun pouvaient être condamnées en raison d'une atteinte à la concurrence localisée à l'intérieur du marché commun* »¹⁷⁴, elle avait ainsi l'occasion d'appliquer la théorie des effets qu'elle avait consacrée quelques mois auparavant dans son arrêt Béguelin¹⁷⁵. Mais peut-être par souci d'éviter les critiques adressées à l'encontre des autorités américaines après les premières applications de la théorie des effets par leurs juridictions, la Cour européenne a préféré recourir à un autre argument. Elle a choisi de suivre le raisonnement développé par la Commission qui justifiait la compétence de l'ordre juridique européen en s'appuyant sur des actes anticoncurrentiels réalisés sur le territoire du marché commun par des entreprises étrangères à travers leurs filiales européennes¹⁷⁶. Sa position est exprimée en ces termes : « *attendu que la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; que tel peut être notamment le cas lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère ; que, lorsque la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, les interdictions édictées par l'article 85,*

¹⁷³ Décision de la Commission, 24 juillet 1969, *Matières colorantes*, JOCE n° L 195, 7 août 1969, p. 11.

¹⁷⁴ Conclusions de l'avocat général Henri MAYRAS dans l'affaire des *matières colorantes*, RTD eur., 1972, p. 787 et s., in Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 90.

¹⁷⁵ Préc., C.J.C.E., 25 novembre 1971.

¹⁷⁶ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 255 ; Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 90-91.

paragraphe 1, peuvent être considérées comme inapplicables dans les rapports entre elle et la société mère, avec laquelle elle forme une unité économique ; qu'en considération de l'unité du groupe ainsi formé, les agissements des filiales peuvent, dans certaines circonstances, être rattachés à la société mère »¹⁷⁷. La théorie de l'unité économique voit ainsi le jour. En élaborant une telle théorie, la Cour parvient à sanctionner des entreprises établies dans des États tiers en leur imputant les agissements anticoncurrentiels de leurs filiales implantées dans la Communauté européenne au motif que ces sociétés mères se sont prévaluées de leur pouvoir de direction et que l'acte anticoncurrentiel est localisable sur le territoire du Marché commun. Un certain nombre de conditions doivent être réunies : d'abord la société mère doit contrôler la filiale, ensuite elle doit l'exercer habituellement, puis le contrôle doit avoir été exercé dans le cas de l'espèce et enfin, il doit avoir donné lieu à un agissement anticoncurrentiel¹⁷⁸.

62. Cette approche de la juridiction européenne sera confirmée et affinée dans l'affaire *Continental Can*¹⁷⁹. Dans cette affaire, la Cour de justice a recouru de nouveau à la technique initiée dans l'arrêt *ICI*, qui lui a permis de consacrer la théorie de l'unité économique, en l'occurrence la méthode de l'imputation du comportement anticoncurrentiel d'une filiale à sa société mère. En l'espèce, il était question de savoir s'il y avait eu infraction d'abus de position dominante prévue à l'article 86 du Traité CEE (actuel article 102 TFUE¹⁸⁰). Relativement complexes, les faits peuvent être résumés comme suit : la société américaine *Continental Can*, spécialisée dans la production d'emballages métalliques, de matériaux d'emballages en papier et en plastique ainsi que dans la confection de machines destinées à la fabrication et à l'utilisation de ces emballages, souhaitait développer son activité en Europe mais ne disposait pas de représentant sur le territoire du Marché commun. Pour ce faire, elle procède d'abord par achats successifs et parvient à porter sa participation à hauteur de 85,8 % du capital nominal de la société allemande *Schmalbach-Lubeca-Werke AG (SLW)*. Ensuite, elle envisage, avec la société britannique *The Metal Box Company Ltd (MB)*, la création d'une société holding européenne de l'emballage. Le projet se concrétise en 1970 par la conclusion d'un accord entre *Continental Can* et la société hollandaise *Thomassen & Drijver-Verblifa (TDV)*, aux termes duquel la première s'engage à constituer une société dans l'État du Delaware aux États-Unis et à y transférer sa participation détenue dans la société

¹⁷⁷ Préc. C.J.C.E., 14 juillet 1972, n° 131-135.

¹⁷⁸ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 92.

¹⁷⁹ Préc. C.J.C.E., 21 février 1973.

¹⁸⁰ Nous soulignons qu'avant d'être codifié sous le numéro 102 de l'actuel Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ce texte a d'abord été repris par l'article 82 du Traité instituant la Communauté européenne (CE).

allemande *SLW*. À son tour, la société hollandaise s'oblige à recommander à ses actionnaires de vendre leurs parts à la future société holding. Le 20 février 1970, la société est créée sous la dénomination d'*Europemballage Corporation* ; contrôlée à 100 % par la société *Continental Can*, elle ouvre un bureau à New-York et un autre à Bruxelles. Le 16 mars 1970, la société *TDV* publie l'offre d'achat d'*Europemballage*. Estimant que de telles pratiques contreviennent aux dispositions de l'article 86 du Traité CEE, la Commission engage des poursuites qui se soldent par la constatation d'un abus de position dominante¹⁸¹. Selon elle, la société américaine détenait déjà, par l'intermédiaire de sa filiale allemande, une position dominante dans une partie substantielle du Marché commun. Par conséquent, son opération d'acquisition d'une participation dominante avoisinant 80 % dans le capital de la société hollandaise par le truchement de son autre filiale, la holding *Europemballage*, constitue un abus de position dominante.

63. Suite à cette décision, *Continental Can* et *Europemballage* forment un recours auprès de la Cour de justice. Elles invoquent, entre autres motifs, l'incompétence de la Commission européenne en alléguant que « *Continental qui, n'ayant pas de siège et n'exerçant aucune activité sur le territoire des États membres, ne serait pas, selon les principes généraux du droit des gens, soumise à l'autorité de la Commission, ni à la juridiction de la Cour de justice* »¹⁸². De son côté, la Commission prétend que *Continental Can* a agi à l'intérieur de la Communauté par le biais d'une filiale qui, bien que disposant d'une personnalité juridique distincte, ne jouit d'aucune indépendance économique. Ce type d'argumentaire déjà approuvé dans l'arrêt *ICI*, sera de nouveau accueilli par les juges suprêmes. Ils vont même plus loin : alors que, dans la décision précitée, ils se sont contentés d'imputer le comportement anticoncurrentiel d'une filiale établie sur le territoire du Marché commun à sa société mère implantée dans un État tiers, en faisant abstraction de la première pour déduire que « *c'est bien [la mère] qui a réalisé la pratique concertée à l'intérieur du marché commun* »¹⁸³, dans l'arrêt *Continental Can*, les juges communautaires semblent plus précis sur la technique de l'imputation¹⁸⁴. Et cela se remarque à travers ce passage : « *le fait de cette opération, au vu de*

¹⁸¹ Décision de la Commission, 9 décembre 1971, *Continental Can Company*, JOCE n° L 007, 8 janvier 1972, p. 25.

¹⁸² Préc., C.J.C.E., 21 février 1973, p. 222.

¹⁸³ Préc., C.J.C.E., 14 juillet 1972, p.667.

¹⁸⁴ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 92-93.

laquelle la Commission a pris la décision litigieuse, doit être imputé non seulement à Europemballage mais aussi et en premier chef à Continental »¹⁸⁵.

64. La théorie de l'unité économique est ainsi affinée ; grâce à la technique de l'imputation, les autorités européennes s'en servent pour appréhender directement le comportement anticoncurrentiel d'une entreprise située en dehors du sol européen ou sanctionner tous les membres d'un groupe de sociétés. L'arrêt *Zoja* ou *Commercial Solvents* rendu le 6 mars 1974 par la Cour de justice¹⁸⁶ s'inscrit dans cette optique. Il se démarque des précédentes décisions par le renoncement à la technique de l'imputation du comportement anticoncurrentiel au profit d'une responsabilité conjointe de la société mère étrangère et de sa filiale installée dans l'espace européen¹⁸⁷.

65. En l'espèce, la société américaine *Commercial Solvents Corporation* (CSC), détentrice d'un monopole mondial de la production de matières premières indispensables à la fabrication de l'Éthambutol, un médicament antituberculeux, fournissait sa filiale européenne *Istituto Chemioterapico Italiano* (ICI) qui distribuait à son tour à d'autres fabricants de médicaments, dont la société italienne *Zoja*. Après l'échec de la tentative d'absorption de cette dernière par CSC à travers ICI, *Zoja* s'est vue écarter progressivement du marché. En effet, la firme américaine et sa filiale italienne ont pris tout un ensemble de mesures rendant impossible son approvisionnement en matières premières, notamment en aminobutanol et en nitropropane. La cessation de toute livraison à l'un des principaux producteurs d'éthambutol du Marché commun, au point de provoquer l'élimination de celui-ci dudit marché, a été qualifiée d'abus de position dominante de la part des autorités communautaires¹⁸⁸. La Commission européenne a estimé que CSC détenait le pouvoir de contrôle d'ICI et l'exerçait effectivement dans les rapports de cette dernière avec *Zoja* ; qu'en conséquence, il n'y avait pas à distinguer entre la volonté et les actes de la société mère et ceux de la filiale. Elle en tire la conclusion selon laquelle, « *il convient de traiter les sociétés CSC et ICI comme ne formant, dans leurs relations avec Zoja, et aux fins de l'application de l'article 86, qu'une seule et même entreprise ou entité économique, ci-après dénommée : groupe CSC – ICI* »¹⁸⁹. Elle est approuvée dans son argumentation par la Cour de justice qui, contrairement à sa jurisprudence précédente, après avoir confirmé l'unité économique du groupe, n'a pas cherché à imputer le

¹⁸⁵ Préc., C.J.C.E., 21 février 1973, p. 243.

¹⁸⁶ Préc., C.J.C.E., 6 mars 1974, 223.

¹⁸⁷ Antoine LYON-CAEN, *L'entreprise multinationale face au droit*, Librairies Techniques, 1977, p. 354.

¹⁸⁸ Décision de la Commission, 14 décembre 1972, *Zoja C. CSC-ICI*, JOCE N° L 299, p. 51.

¹⁸⁹ Préc., Commission européenne, 14 décembre 1972, p. 54.

comportement de la filiale européenne à la mère étrangère. Elle a choisi de les condamner solidairement. Selon la juridiction européenne, le comportement des deux sociétés se caractérise par une « *unité d'action évidente* » et en raison de celle-ci, ainsi que du pouvoir de contrôle de la mère sur la filiale, elles doivent être considérées comme une « *unité économique et le comportement incriminé leur est imputable solidairement* »¹⁹⁰.

66. Convaincue de la régularité de son approche par rapport aux règles de compétences internationales, la juridiction européenne explique qu'il s'agit d'une stricte application d'un critère de compétence dont la conformité ne soulève aucun doute, à savoir le principe de territorialité. Selon elle, l'application de la règle de l'unité économique ne constitue pas une mise en œuvre extraterritoriale du droit européen de la concurrence. Aussi bien elle que la Commission, l'ont déclaré de manière expresse, notamment dans les arrêts *ICI* et *Continental Can*¹⁹¹. Sous prétexte qu'elles n'appliquent pas la théorie des effets en localisant les comportements anticoncurrentiels sur le territoire de l'Union européenne et en les imputant à des sociétés ayant leur siège social à l'extérieur du périmètre du Marché commun, les autorités communautaires en déduisent qu'il ne s'agit en aucun cas d'une application extraterritoriale de leur législation sur la concurrence. Une telle attitude doit nécessairement être nuancée. En effet, compte tenu de la définition de l'extraterritorialité exposée en début de ce présent chapitre, il est difficile d'adhérer complètement à la position européenne. Sinon à part l'extraterritorialité, comment qualifier une technique d'application d'une loi à une personne étrangère qui n'a pas agi directement dans le domaine de compétence de ce texte ? Une réponse ignorant l'aspect extraterritorial est difficilement envisageable.

67. Cette situation témoigne du fait qu'à l'instar des leurs homologues américaines, les autorités européennes ont également un peu de mal à appréhender les situations anticoncurrentielles transfrontières, tout en respectant scrupuleusement les principes de compétence dégagés en droit international. L'efficacité des méthodes unilatérales concernant le traitement de ces types de questions en perd une certaine crédibilité. D'ailleurs, la recherche d'efficacité conduit les Européens à ne pas se contenter de la théorie de l'unité économique et à la compléter avec la théorie des effets¹⁹². Ils l'ont fait, par exemple, dans le

¹⁹⁰ Préc., C.J.C.E., 6 mars 1974, attendu 41.

¹⁹¹ Préc., C.J.C.E., 14 juillet 1972, p. 633-635 ; Préc., C.J.C.E., 21 février 1972, p. 222.

¹⁹² Berthold GOLDMAN et Antoine LYON-CAEN, *Droit commercial européen*, Dalloz, 1983, p. 878 et s.

cadre l'arrêt *ICI*¹⁹³. Selon Madame Friedel-Souchu, à l'occasion de cette affaire, la Cour de justice a « *semble-t-il fait appel aux deux concepts de l'effet et de l'unité économique* »¹⁹⁴.

68. La complémentarité aux fins d'efficacité est tellement présente dans l'esprit des juges communautaires qu'ils ont affirmé très tôt la théorie des effets, même s'ils ont choisi de ne pas l'appliquer, préférant adopter celle de l'unité économique dès les premières affaires posant la question de l'extraterritorialité des règles européennes de concurrence. La décision à avoir posé cette affirmation est l'arrêt « *Béguelin* » rendu le 25 novembre 1971 par la Cour de justice¹⁹⁵. Cette affaire avait trait à une question d'interprétation de l'article 85 du traité CEE. En effet, une société belge dénommée *Béguelin* passe en association avec sa filiale française un accord de distribution exclusive avec la société japonaise *Oshawa*, fabricant de briquets. Aux termes de l'accord conclu en mars 1967, la mère bénéficie de l'exclusivité de distribution pour le territoire belge, et la filiale se voit accorder le même droit pour le territoire français. Mais en 1969, une autre société française, *G.L. Import Export* implantée à Nice, entame l'importation des produits en question qu'elle achète à une société allemande *Gebrueder Marbach* qui détient une exclusivité de distribution sur le sol allemand en vertu d'un accord signé avec la société japonaise. La société *Béguelin* et sa filiale française s'opposent alors à ces livraisons en contestant le second accord d'exclusivité et en réclamant des dommages et intérêts à la société niçoise et sa cliente allemande. Le tribunal de commerce de Nice invite la Cour de justice, par le biais d'une question préjudicielle, à se prononcer sur l'application de l'article 85 à l'accord objet du litige. La Cour déclare que « *le fait, par l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, dès lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun* »¹⁹⁶. Même s'ils soulignent bien qu'il ne peut y avoir d'entente entre une société mère et sa filiale dépourvue de toute autonomie économique, les juges communautaires n'ont pris en compte dans cette affaire que le lieu où l'accord a produit ses effets. Une telle position a été perçue comme la consécration de la théorie des effets par la Cour de justice dans le sens où c'est la première fois qu'elle agit de la sorte¹⁹⁷. Pourtant, malgré la réitération d'une approche similaire dans l'arrêt *Continental Can*, les juges ayant affirmé que « *le fait que Continental Can n'est pas établie sur le territoire d'un des États membres de la Communauté*

¹⁹³ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 96-97.

¹⁹⁴ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 97.

¹⁹⁵ Préc., C.J.C.E., 25 novembre 1971, p. 949.

¹⁹⁶ Préc., C.J.C.E., 25 novembre 1971, attendu 11.

¹⁹⁷ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., 228-229 ; Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., 107-108.

ne suffit pas pour la soustraire à l'application de ce droit »¹⁹⁸, un consensus semble se dégager au sein de la doctrine en ce qui concerne le défaut d'application effective de la théorie des effets par les autorités européennes de la concurrence¹⁹⁹. La Commission européenne abonde également dans ce sens et précise dans son onzième rapport sur la politique de concurrence que la position retenue dans l'affaire Béguelin ne correspond pas à une « application stricte de la théorie de l'effet interne, étant donné que l'un des partenaires de l'accord de distribution exclusive en cause, conclu entre la société Béguelin (Belgique-France) et Oshawa (Japon) pour la vente de briquets de poche, était établi dans la Communauté »²⁰⁰. Une telle attitude ne saurait néanmoins être interprétée comme une réticence générale de la Commission vis-à-vis de la théorie des effets, cette dernière ayant soutenu à plusieurs reprises l'application de ladite théorie, notamment dans l'affaire des « matières colorantes »²⁰¹ ou l'affaire « pâtes de bois »²⁰², qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de justice, perçu comme une des premières applications effectives de la théorie des effets dans l'espace européen.

69. Avec cet arrêt *Pâtes de bois*, la juridiction communautaire franchit une étape supplémentaire. Elle passe d'une simple énonciation à une application concrète de la théorie de l'effet territorial anticoncurrentiel. À bien des égards, le résultat obtenu semble comparable à celui de certaines décisions adoptées outre-Atlantique²⁰³. En effet, la Commission européenne avait entamé en 1977 une enquête sur les méthodes de fixation des prix pratiqués dans le marché commun et relatifs à la pâte de bois. À l'issue de ses investigations, elle remarqua que plusieurs producteurs des États-Unis, du Canada, de la Suède, de la Norvège, du Portugal et d'Espagne, ainsi que des associations professionnelles, avaient procédé à une concertation sur les prix, l'échange d'informations et mis en place des clauses d'interdiction ou de revente concernant des livraisons à destination des acheteurs de la Communauté. Elle conclut qu'une telle pratique avait attenté au jeu de la concurrence au sein de la Communauté. Bien qu'elle eût constaté que certains auteurs de la pratique en cause avaient des filiales, succursales, agences ou d'autres établissements sur l'espace communautaire, la Commission

¹⁹⁸ Préc. C.J.C.E., 21 février 1973, p. 243.

¹⁹⁹ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 108-109.

²⁰⁰ Commission des Communautés européennes, *Onzième rapport sur la politique de concurrence*, 1981, p. 39. Ce rapport est disponible sur le site internet de la Commission européenne : www.ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1981_en.pdf.

²⁰¹ Préc., Commission européenne, 24 juillet 1969, p. 11.

²⁰² Décision de la Commission, 19 décembre 1984, *Pâtes de bois*, JOCE L 85, 26 mars 1985, p.1 ; C.J.C.E., 27 septembre 1988, aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, *Ahlström (Pâtes de bois)*, Rec. C.J.C.E., p. 5193.

²⁰³ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 111.

n'avait pas recouru au critère de la localisation du comportement permettant l'application de la théorie de l'unité économique. Elle préféra motiver sa décision sur le fondement de la théorie de l'effet en déclarant que « *les effets des accords et pratiques sur les prix annoncés et/ ou facturés aux clients, et sur les reventes de pâte dans la Communauté, ont été non seulement substantiels, mais encore intentionnels, et ont été la conséquence première et directe des accords et pratiques* »²⁰⁴. Suite à cette décision, la Cour de justice fut saisie. Les entreprises et associations professionnelles condamnées invoquèrent l'incompétence de la Commission européenne ainsi que l'inapplication, à leur égard, de l'article 85 du traité C.E.E. En soutien à leur demande, elles mirent en avant la jurisprudence *ICI* du 14 juillet 1972 en rappelant que, dans cette affaire, la juridiction communautaire ne s'était pas ralliée à la théorie des effets et qu'elle avait mis en évidence le fait qu'il y avait eu « *comportement restrictif de la concurrence à l'intérieur du marché commun en raison de l'activité de filiales qui pouvait être imputée aux sociétés mères* »²⁰⁵. La Cour leur répondit que « *faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions. Ce qui est déterminant est donc le lieu où l'entente est mise en œuvre* »²⁰⁶. Elle choisit ainsi de s'aligner sur la position de la Commission et appliqua cette fois-ci la théorie des effets de manière précise. Les juges européens affirmèrent d'abord que lorsque des producteurs se sont accordés sur les prix qu'ils allaient consentir à leurs clients installés dans la Communauté et ont mis en œuvre cet accord en vendant à des prix effectivement coordonnés, « *ils participent à une concertation qui a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, au sens de l'article 85 du traité* » ; ensuite, ils conclurent que la Commission n'avait pas effectué une appréciation erronée du domaine d'application territorial de l'article 85 en appliquant les règles de concurrence du traité à des entreprises ayant leur siège social en dehors de la Communauté²⁰⁷.

70. Analysé par les commentateurs et la doctrine comme la première décision de justice adoptée dans l'espace européen sur le seul fondement de la théorie de l'effet²⁰⁸, l'arrêt *Pâtes de bois* laisse perplexe sur certains points. En effet, les juges communautaires s'appuient

²⁰⁴ Préc., Commission européenne, 19 décembre 1984, p. 15.

²⁰⁵ Préc., C.J.C.E., 27 septembre 1988, p.5241.

²⁰⁶ Préc., C.J.C.E., 27 septembre 1988, p. 5241.

²⁰⁷ Préc., C.J.C.E., 27 septembre 1988, p. 5243.

²⁰⁸ C'est notamment le cas de Messieurs Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 229 ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 121-122 et de Madame Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 111.

explicitement sur la théorie des effets mais soulignent en même temps que, du fait que les producteurs ont mis leur entente de prix à l'intérieur du Marché commun, il importe peu qu'ils aient agi ou non par l'intermédiaire de filiales, agents, sous-agents ou succursales implantés dans le territoire de la Communauté et déduisent que « *dans ces conditions, la compétence de la Communauté pour appliquer ses règles de concurrence à l'égard de tels comportements est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public* »²⁰⁹. On a l'impression que la Cour de justice refuse de déclarer ouvertement l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence et adopte ici la même technique que lorsqu'elle applique la théorie de l'unité économique, en proclamant qu'il s'agit de la stricte territorialité : elle vérifie et constate l'accomplissement des conditions d'application de la théorie de l'effet mais complète son raisonnement en indiquant que soumettre aux règles européennes de la concurrence, des comportements anticoncurrentiels qui produisent des effets au sein du Marché commun, relève du principe de territorialité.

71. D'aucuns en ont tiré la conclusion selon laquelle « la conception de l'effet comme critère suffisant de compétence du droit communautaire n'a jamais atteint un degré de pureté suffisant pour être significative »²¹⁰ et ce en raison du fait que chaque fois que se présentait l'occasion de mettre en œuvre la théorie de l'effet, un autre critère permettait également le rattachement au territoire de la Communauté²¹¹. Sans désapprouver ce constat, nous pensons qu'il existe une volonté délibérée d'appliquer le critère de l'effet en association avec d'autres critères interprétés comme relevant du principe de territorialité, afin d'éviter les éventuelles critiques, voire conflits de lois. Qu'une autorité juridictionnelle affirme agir dans un contexte interne ne suffit pas pour écarter autant la portée extraterritoriale de ses décisions. Le résultat de la mise en œuvre de la théorie de l'unité économique, considérée par les autorités européennes comme une application du principe de territorialité, ne diffère pas de celui de la théorie de l'effet ou encore celui obtenu par l'association des deux théories : le droit interne est appliqué à des entreprises non ressortissantes de l'État ou espace de compétence dudit droit ou bien des comportements anticoncurrentiels sont imputés à des personnes établies à l'étranger. En vertu de la définition de l'extraterritorialité, il faut bien admettre que les critères de compétence développés dans la jurisprudence communautaire ont pour finalité l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence. Par conséquent, toutes ces

²⁰⁹ Préc., C.J.C.E., 27 septembre 1988, p. 5243.

²¹⁰ Anne CHAREYRE de BEAUMONT, *Droit de la concurrence et globalisation*, Thèse Université Panthéon-Assas, Paris II, 2006, p. 511.

²¹¹ Anne CHAREYRE de BEAUMONT, *opt. cit.*, p. 511 ; Alexis JACQUEMIN, *art. cit.*, pp. 272-281, p. 275.

précautions qui consistent à rappeler dans les décisions de justice que la juridiction procède à une application dans le respect du principe de territorialité, et non en aucune manière d'une application extraterritoriale, dénotent les difficultés de la Commission européenne et de la Cour de justice à appliquer les règles communautaires de la concurrence à des comportements anticoncurrentiels transfrontières, tout en respectant le droit international. D'ailleurs, dans l'affaire Gencor, le prétexte de la territorialité ne pouvait pas fonctionner et le Tribunal de première instance (TPICE) a dû s'en remettre à la théorie des effets en reconnaissant aux fins d'une légitimation de l'application du droit communautaire, la nécessité d'un effet immédiat, substantiel et prévisible sur la concurrence au sein du Marché commun²¹².

72. Ainsi, à l'instar des autorités américaines, les autorités européennes sont confrontées au même problème de conciliation des principes internationaux sur la compétence étatique et leurs propres critères de compétence. La similitude des difficultés rencontrées par les deux grands espaces économiques ayant le droit de la concurrence le plus abouti met en exergue les limites des approches unilatérales pour le traitement des problèmes anticoncurrentiels de dimension internationale.

73. Avant de détailler ces insuffisances dans la prochaine subdivision, il est à noter que les théories analysées jusqu'ici à travers l'étude de la jurisprudence européenne rentrent dans le cadre du critère de l'atteinte à la concurrence, un des éléments de revendication de la compétence communautaire. L'autre élément d'invocation de la compétence de l'ordre juridique européen réside dans le critère d'affectation du commerce entre États membres²¹³. En effet, l'article 101 TFUE (ex-article 81 du Traité CE) cible les ententes « [...] *susceptibles d'affecter le commerce entre États membres* » et les interdit à ce titre, tandis que l'article 102 prohibe l'abus de position dominante « [...] *dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté* ». Les conditions de cette affectation ainsi que sa finalité ont été précisées par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Grundig et Consten* du 13 juillet 1966, la Cour de justice a expliqué que pour savoir si un accord pouvait ou non affecter le commerce entre les États membres, il fallait vérifier « *s'il [était] susceptible de mettre en cause, d'une manière directe ou indirecte, soit actuellement soit potentiellement, la liberté du commerce entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs*

²¹² TPICE, 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor Ltd c/ Commission*, Rec. C.J.C.E., p. 753.

²¹³ Richard BLASSELLE, opt. cit., p. 66 ; Habib KAZZI, opt. cit., 267.

d'un marché unique entre États »²¹⁴. Le critère de l'affectation poursuit ainsi un objectif d'intégration économique en guidant l'action des autorités nationales et communautaires vers la réalisation d'un marché unique et la préservation de son fonctionnement²¹⁵. Outre cette finalité, le critère susmentionné permet la détermination du champ du droit communautaire par rapport à celui des États²¹⁶.

74. Pour terminer cette analyse de l'approche européenne vis-à-vis de la question de l'extraterritorialité des règles de concurrence, il faut retenir que la revendication de compétence européenne est basée essentiellement sur la théorie de l'unité économique ou unité de l'entreprise qui s'inscrit dans le cadre du critère général de localisation du comportement anticoncurrentiel. Elle recourt souvent à la théorie de l'effet comme argument supplémentaire mais nie son application de manière générale. Cependant, l'unité économique, interprétée par les autorités communautaires comme résultant d'une application du principe de territorialité, souffre au même titre que la théorie des effets privilégiée par leurs homologues américaines, d'insuffisances considérables pouvant réduire son efficacité dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles internationales.

Section 2 : Les limites de l'extraterritorialité du droit de la concurrence

75. L'internationalisation des politiques de concurrence par le truchement d'une application extraterritoriale des règles nationales régissant la concurrence constitue une piste sérieuse dans la recherche de solutions permettant de faire face aux comportements anticoncurrentiels transfrontaliers nés de la globalisation des économies. L'étude des initiatives unilatérales américaine et européenne en la matière a permis de mesurer la pertinence d'une telle piste. Les théories développées par les autorités chargées de la régulation de la concurrence dans ces deux espaces économiques leur ont permis d'appréhender des situations présentant des éléments d'extranéité. Mais dans un monde où le principe de souveraineté circonscrit les pouvoirs d'un État à l'intérieur de ses frontières et l'oblige à respecter les domaines de compétences des autres États, on se rend compte très vite que l'efficacité des solutions unilatérales ne peut être que limitée. En sus, la « non-

²¹⁴ C.J.C.E., 13 juillet 1966, aff. 56 et 58/64, *Grundig et Consten c/ Commission*, Rec. C.J.C.E., p. 429. Dans le même ordre d'idée : C.J.C.E., 31 mai 1979, aff. 22/78, *Hugin*, Rec. C.J.C.E., p. 1870 ; CJCE, 30 juin 1966 aff. 56/65, *LTM*, Rec. C.J.C.E., p. 337.

²¹⁵ Habib KAZZI, opt. cit., p. 267.

²¹⁶ Préc., C.J.C.E., 13 juillet 1966, p. ; Richard BLASSELLE, opt. cit., p. 67-68.

coïncidence entre les espaces de marché de dimension régionale, sinon globale, et la dimension nationale des cadres réglementaires de la concurrence »²¹⁷, témoigne de l'inadéquation de l'approche extraterritoriale. Malgré le fait qu'Américains et Européens prétendent parvenir encore à réguler à leur échelle propre les marchés internationaux, force est de constater que la portée des théories qui leur servent de dispositif de légitimation de leur compétence peut être atténuée par des obstacles juridiques ayant trait au respect de la souveraineté nationale des autres États (I). A ces limites juridiques s'ajoutent d'autres limites que nous qualifierons de politiques dans la mesure où elles sont liées à la manière dont un État utilise sa politique de concurrence à une fin précise, ainsi qu'aux éventuels conflits diplomatiques susceptibles d'être générés par une telle attitude (II).

I - Les insuffisances liées à des raisons purement juridiques

76. Comme nous l'avons déjà évoqué au tout début de ce chapitre, la compétence d'un État recouvre sa compétence normative et sa compétence d'exécution. Si l'arrêt *Lotus*, considéré comme la décision internationale à avoir fixé les principes en la matière, a admis la possibilité pour un État de régir au titre de sa compétence normative des comportements nés hors de son territoire, il a également consacré le caractère strictement territorial de la compétence d'exécution²¹⁸. Or, il ne fait nul doute, surtout en matière d'extraterritorialité, que la mise en œuvre d'une règle de portée extraterritoriale se poursuit souvent en terre étrangère et peut ainsi empiéter sur la compétence d'exécution de l'État sur le territoire duquel le texte en question va être appliqué. Donc, plus que dans d'autres domaines, on s'aperçoit qu'il ne suffit pas de détenir une faculté d'édicter des normes, il faut aussi un pouvoir permettant de prendre les mesures nécessaires à leur exécution. Ces deux pouvoirs sont complémentaires et l'efficacité des dispositions prises en vertu de ces derniers se trouve fortement affectée à partir du moment où l'autorité étatique qui agit ne détient pas simultanément les deux compétences. C'est pour cette raison qu'il est possible d'émettre des réserves sur l'efficacité des législations nationales visant à régir des comportements anticoncurrentiels internationaux en ce sens que, dans la plupart des cas, l'État qui agit ne dispose pas intégralement de la compétence d'exécution. Plus précisément, les théories de l'effet et de l'unité économique développées

²¹⁷ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 8.

²¹⁸ Préc., C.P.J.I., 7 septembre 1927.

par les autorités américaine et européenne pour étendre leurs droits de la concurrence rentrent souvent en conflit avec la souveraineté des autres États²¹⁹. Il s'agit d'une des limites juridiques dont pourrait souffrir l'application extraterritoriale du droit de la concurrence. D'autres obstacles, tels que les refus d'exequatur ou l'existence de législations de blocage, seraient également susceptibles de mettre en évidence l'inefficacité ou l'efficacité relative de l'approche extraterritoriale et, par conséquent, l'inadéquation des solutions unilatérales pour régler le problème des pratiques anticoncurrentielles provoqué par la mondialisation des économies.

A/ Les limites de l'effet territorial et de l'unité économique

77. Selon ce passage de l'arrêt Lotus, « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure, sauf l'existence d'une règle permissive contraire, tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale ; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention »²²⁰. Il existe donc un principe d'exclusivité : chaque État détient l'exclusivité de sa compétence d'exécution sur son propre territoire. Combiné au principe de non-intervention consacré par l'article 2 de la charte des Nations Unies qui dispose que « les membres de l'organisation s'abstiennent dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies »²²¹, ils posent clairement l'interdiction de l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution²²².

78. Étant donné que la compétence d'exécution correspond au pouvoir que détient un État pour appliquer une règle générale ou une décision individuelle par le biais d'actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à l'usage de la contrainte étatique²²³, la mise en œuvre des

²¹⁹ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 75.

²²⁰ Préc., C.P.J.I, 7 septembre 1927, p. 18-19.

²²¹ Charte des Nations-Unies et statut de la Cour internationale de Justice, Publication du service de l'information des Nations-Unies, New-York.

²²² Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 74-75 ; Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 35-36.

²²³ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 11.

théories de l'effet et de l'unité économique rentre forcément dans son champ, soit en amont, soit en aval des procédures traduisant ladite mise en œuvre. Par exemple, pour arguer de l'effet et prétendre appliquer sa législation à des situations anticoncurrentielles produites à l'extérieur de son territoire, l'État doit démontrer que la restriction de concurrence provoque un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible à l'intérieur de ses frontières. Pour ce faire, il va devoir établir matériellement les faits, notamment par voie d'enquêtes à l'étranger, or une telle démarche peut se heurter aux principes d'exclusivité territoriale de la compétence d'exécution. Le raisonnement est valable également dans le cadre de la mise en œuvre de la théorie de l'unité économique, même si les risques de contrariété se trouvent plus en aval des procédures, c'est-à-dire au niveau de l'application des sanctions. En effet, cette théorie s'appuie sur la localisation d'un comportement anticoncurrentiel sur le territoire d'un État pour sanctionner une entreprise étrangère qui n'a pas activement pris part à la pratique interdite. Par le truchement de la technique de l'imputation, l'État qui localise l'acte sur son sol arrive à condamner l'entreprise qui ne lui est pas ressortissante et qui n'a pas participé à l'acte en question. S'il parvient à mener correctement les procédures visant à établir les faits, en s'adressant à l'entité implantée sur son territoire, la sanction prononcée à l'égard de l'autre entité installée à l'étranger, et soumise au droit d'un autre État, risque d'être moins efficace. La demande d'exécution d'une sanction requérant souvent l'adoption de mesures nécessitant l'exercice de la puissance publique, on perçoit aisément les potentiels risques de contrariété entre ces mesures et la règle de la stricte territorialité de la compétence d'exécution.

79. Sans même être amené à prendre position dans le débat doctrinal qui oppose les tenants d'une conception étroite de l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution aux défenseurs d'une approche un peu plus souple, il est possible d'affirmer avec certitude que la nature du champ d'application de la compétence d'exécution constitue un frein à l'efficacité des mesures unilatérales tendant à réguler la concurrence au niveau international. En effet, les premiers soutiennent qu'en vertu du principe de non-intervention, le recours à des moyens de puissance publique afin de provoquer des effets extraterritoriaux désigne une exécution extraterritoriale méritant d'être proscrite à ce titre²²⁴. Et les tenants de l'approche moins rigoureuse estiment que seul l'exercice du pouvoir de coercition de l'État doit être

²²⁴ François RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 340 ; Paul Eeckman, « L'application de l'article 85 du traité de Rome aux ententes étrangères à la C.E.E. mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du marché commun », RCDIP, 1965, pp. 499 et s., in Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *opt. cit.*, p. 42.

interdit sur le territoire d'un autre État²²⁵. Donc, peu importe le choix opéré en faveur de l'une ou de l'autre approche, la question de l'inefficacité de la mesure extraterritoriale subsiste toujours. Certes, elle s'atténue dans le cadre de la seconde théorie, mais doit-on admettre néanmoins qu'il est difficile d'atteindre un objectif de répression si l'on ne détient pas le pouvoir de coercition.

80. En définitive, l'efficacité de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence dépend beaucoup de la volonté de l'État sur le territoire duquel un autre État cherche à y étendre sa législation. D'aucuns diront que le pays qui applique extra-territorialement sa loi dispose toujours d'une compétence d'exécution en ce qui concerne l'emploi de la « *contrainte immatérielle* »²²⁶. Mais il n'en demeure pas moins que la volonté de l'État sollicité occupe toujours une place importante dans le processus d'extraterritorialité. Cela se vérifie notamment dans le cadre de la recherche d'informations et de moyens de preuve.

81. En effet, collecter des renseignements aux fins de les utiliser dans une procédure concernant des pratiques commerciales restrictives peut s'avérer difficile à cause de l'existence d'un certain nombre d'obstacles. Comme le souligne l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) dans son rapport sur la « *mise en œuvre du droit de la concurrence* », les États n'ont pas la même attitude vis-à-vis de la question de la collecte d'informations : alors que certains s'opposent aux demandes de renseignements émanant d'autorités étrangères qui s'adressent directement à des personnes ou entreprises sur leurs sols, voyant en cela une atteinte à leurs souverainetés, d'autres acceptent les « *demandes officielles de renseignements formulées par des autorités étrangères* »²²⁷. Il ressort clairement que l'État qui cherche à étendre sa législation à des situations produites à l'extérieur de ses frontières ne contrôle pas totalement le processus de mise en œuvre. Les enquêtes déclenchées par ses autorités chargées de la concurrence ne bénéficient pas d'une garantie d'aboutissement, dans la mesure où la communication des informations permettant d'établir la réalité des faits est susceptible d'être bloquée. L'accord de l'État sur le territoire duquel s'effectuent les enquêtes constitue sûrement un moyen de contourner cette entrave. Mais rien ne permet de croire que ce dernier va acquiescer toujours, d'autant plus qu'il peut se voir imposer par l'intermédiaire de son autorité de concurrence l'impossibilité de

²²⁵ P. FEDOZZI, « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », RCADI, 1929, II, vol. 27, pp. 141-242, p. 163.

²²⁶ C'est le cas notamment de Mesdames Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *opt. cit.*, p. 40 et s. et Brigitte STERN, « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », RQDI, vol. 3, 1986, p. 63.

²²⁷ O.C.D.E., *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, *opt. cit.*, p. 42 et s., spéc., p. 44.

communiquer des données fournies par une entreprise dans le cadre d'une enquête relative à une pratique anticoncurrentielle²²⁸.

82. Les difficultés d'obtention de renseignements s'accroissent davantage à cause de la protection juridique qu'accordent beaucoup de pays au secret des affaires. En effet, le secret commercial, industriel ou bancaire bénéficie généralement de dispositions pénales ou de textes spéciaux le mettant hors d'atteinte de toute tentative de divulgation²²⁹. Le respect du secret professionnel imposé juridiquement à certaines personnes, telles que les avocats, fonctionnaires ou anciens fonctionnaires, les empêche de communiquer aux autorités de concurrence les informations confidentielles obtenues dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions et contribue, à son tour, à l'élargissement de la liste des difficultés²³⁰.

83. Un pareil constat laisse clairement apparaître que la théorie de l'effet et celle de l'unité économique connaissent des limites non négligeables, susceptibles de constituer un réel frein à leur efficacité. Face à une situation anticoncurrentielle produite à l'extérieur de l'État auquel elles sont rattachées, les autorités nationales de concurrence sont pratiquement démunies lorsque l'entreprise qu'elles tentent de sanctionner ne dispose pas de représentant établi sur leur territoire. Cette situation les conduit soit à l'abandon des poursuites, soit à s'en remettre à l'État sur le territoire duquel se situe l'entreprise²³¹. Mais il est aussi courant que l'État en question n'entame pas de procédures pour la simple raison que la pratique incriminée ne provoque aucun effet sur son sol²³².

84. En somme, l'une des principales limites restreignant l'efficacité de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence réside dans le contraste entre le pouvoir de sanctionner une entreprise établie à l'étranger et le pouvoir d'exécuter cette sanction. À titre d'illustration, le pouvoir des autorités européennes pour « *infliger une sanction pécuniaire ne rencontre pas de limitation territoriale. Cependant, son exécution ne saurait intervenir hors*

²²⁸ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 72 ; O.C.D.E., *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, opt. cit., p. 58 et s.

²²⁹ O.C.D.E., *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, opt. cit., p. 55.

²³⁰ O.C.D.E., *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, opt. cit., p. 55-56.

²³¹ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 73.

²³² Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 73.

du marché commun car elle est la manifestation d'un pouvoir de coercition »²³³. Le décalage entre le pouvoir de dire le droit et le pouvoir d'appliquer la sanction engendre forcément des risques de conflits de compétence²³⁴. D'autres limites ont trait à la réaction normative des États face à la question de l'extraterritorialité. Elles méritent donc une présentation approfondie.

B/ Les éventuels refus d'exequatur et l'existence de législations de blocage

85. Si un État peut bloquer l'application extraterritoriale du droit de la concurrence d'un autre État en arguant l'exclusivité de la compétence d'exécution, il peut aussi priver les décisions étrangères de tout effet extraterritorial sur son territoire en invoquant une atteinte à sa souveraineté²³⁵. Généralement, l'État objecte sa « *souveraineté économique* » soit pour refuser de reconnaître purement et simplement une mesure étrangère, soit pour s'opposer à la délivrance d'exequatur²³⁶. Concernant le premier cas, il n'existerait pas de règles internationales déterminant les conditions dans lesquelles un État peut accorder ou refuser les effets des normes et décisions étrangères sur son territoire²³⁷. Selon Madame Stern, il ressortirait de la pratique des États que le droit international admette qu'un État puisse refuser de reconnaître effet sur son territoire à une décision étrangère qu'il juge « *contraire à son ordre public* » ; en revanche, il doit reconnaître effet à une mesure étrangère adoptée conformément au droit international²³⁸. Autrement dit, les États sont libres d'accorder un effet à la mesure extraterritoriale qu'ils veulent. Par conséquent, ils peuvent priver une sanction prononcée par une autorité étrangère de toute efficacité, quand bien même elle aurait un objectif de limitation des comportements anticoncurrentiels transfrontières ; il leur suffit d'invoquer une atteinte à leur ordre public. Le droit de la concurrence étant généralement considéré comme un droit d'ordre public, spécialement d'ordre public économique, les États pourront facilement faire échec à une mesure extraterritoriale puisque les règles contenues

²³³ D. GRISAY, « Concurrence : le droit européen dans le contexte international », *Journal des Tribunaux, Droit européen*, n° 65, janvier 2000, pp. 1-9, p. 4 ; Berthold GOLDMAN, *Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, Droit commercial européen*, Dalloz, coll. Précis, 5^{ème} éd., 1994, p. 733.

²³⁴ Habib KAZZI, *opt.cit.*, p. 284, 310 et s. ; O.C.D.E., *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, *opt. cit.*, p. 42 et s.

²³⁵ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *opt. cit.*, p. 212 et s. ; Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *art cit.*, p. 38 et s.

²³⁶ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *opt. cit.*, p. 235-240.

²³⁷ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *art. cit.*, p. 39.

²³⁸ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *art. cit.*, 39.

dans ledit ordre public économique sont érigées au « *rang de lois de police dans les relations internationales* »²³⁹.

86. En ce qui concerne les possibles refus d'exequatur, ils concernent l'exécution d'une décision de justice émanant d'une juridiction étrangère. En effet, un jugement étranger n'a de « *valeur de norme juridique* » que dans l'ordre juridique dans lequel il a été prononcé²⁴⁰. Pour qu'il puisse s'imposer dans un autre système juridique, il faut une décision d'exequatur²⁴¹. L'exequatur signifie littéralement « *qu'on exécute* » et désigne une procédure de justice visant à accorder une force exécutoire à des jugements étrangers²⁴². Par exemple en France, cette procédure représente la voie classique pour recevoir les décisions émanant des autorités juridictionnelles étrangères. Elle est régie par le Code de procédure civile (article 509) et précisée par la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment ses arrêts *Bulkey* de 1860²⁴³ et *de Wrède* de 1900²⁴⁴ qui distinguent les actes soumis à exequatur de ceux qui en sont dispensés. Selon Monsieur Thierry Vignal, il ressort de la jurisprudence que les jugements dispensés d'une procédure d'exequatur en France portent essentiellement sur la matière relevant de « *l'état et la capacité des personnes* »²⁴⁵. Nous pouvons donc déduire que les jugements étrangers prononçant des sanctions dues à une transgression des règles du droit de la concurrence seraient soumis à une procédure d'exequatur. Tout en sachant que la force exécutoire n'est pas accordée systématiquement, les juridictions françaises disposant d'un droit de refus pour une contrariété à l'ordre public français. En guise d'illustration, elles peuvent refuser l'exequatur à une décision étrangère infligeant une « *sanction ayant le caractère d'une pénalisation privée, au profit d'une partie privée, dépassant le montant réel du préjudice subi* » et ce, sur le fondement d'un risque de contradiction avec l'ordre public²⁴⁶.

87. L'exemple français pourrait s'appliquer à d'autres États. Nous ne prétendons pas l'existence universelle de la technique de l'exequatur car il est difficile d'affirmer une telle

²³⁹ Habib KAZZI, opt. cit., p. 325.

²⁴⁰ Marie-Laure NIBOYET et Géraud de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., octobre 2013, p. 503.

²⁴¹ Thierry VIGNAL, *Droit international privé*, Sirey, 3^{ème} éd., 2014, p. 386 et s. ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL et Pascal de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2013, p. 896 et s.

²⁴² Marie-Laure NIBOYET et Géraud de Geouffre de La Pradelle, opt. cit., p. 510.

²⁴³ Civ., 28 février 1860, *Bulkey*, S. 1860. 1. 210, concl. Dupin ; décision reproduite in Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 5^{ème} éd., 2006, n° 4, p. 30-38.

²⁴⁴ Civ., 9 mai 1900, de *Wrède*, S. 1901. 1. 185, *Clunet* 1900. 613 ; décision reproduite in Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, opt. cit., n° 10, p. 79-93.

²⁴⁵ Thierry VIGNAL, opt. cit., p. 386.

²⁴⁶ Evelyne FRIDEL-SOUCU, opt. cit., p. 239.

chose avec certitude. En revanche, au regard du principe de souveraineté et d'indépendance des États qui est à l'origine du cantonnement des ordres juridiques étatiques à l'intérieur des frontières nationales, on imagine mal un État accorder directement, en dehors de toute convention, une force exécutoire à des décisions de justice prononcées par des tribunaux autres que ses propres juridictions. Leur scepticisme à l'égard des demandes extraterritoriales de renseignements pour une enquête relative aux pratiques anticoncurrentielles laisse croire qu'ils adoptent la même attitude pour l'exécution des jugements étrangers. L'adoption de législations de blocage témoigne parfaitement de cette attitude.

88. En effet, face à la multiplication des initiatives unilatérales, notamment de la part des États-Unis, visant à étendre leur droit de la concurrence au-delà de leurs frontières, certains États ont réagi en adoptant les lois qualifiées de « *blocage* » ou « *blocking statutes* »²⁴⁷. Ainsi, des pays comme la France, la Grande-Bretagne, les Pays-Bas, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande ont tous édicté une législation similaire²⁴⁸. Afin d'atteindre l'objectif de neutralisation de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, ces lois posent une interdiction de communication d'informations et de renseignements à une autorité étrangère²⁴⁹. C'est ainsi que la loi française du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents dispose que « *sous réserve des traités ou accords internationaux, il est interdit à toute personne physique de nationalité française ou résident habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d'une personne morale y ayant son siège ou un établissement, de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin* »²⁵⁰. Au Canada, la *Loi sur les mesures extraterritoriales* de 1984 procède de la même manière : elle prohibe la production de documents devant des

²⁴⁷ Habib KAZZI, opt. cit., p. 311 ; Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p., 234 ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 123.

²⁴⁸ O.C.D.E., *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, opt. cit., p. 48-55. Dans le même ordre d'idées, Madame Emmanuelle CLAUDEL soutient que « *certaines États (notamment le Canada, l'Australie, l'Italie, l'Allemagne, la France, avec la loi du 16 juillet 1980, le Danemark, l'Espagne, la Belgique et le Portugal) ont réagi face à cette pratique américaine dite du « pre-trial discovery » en adoptant des textes qui interdisent aux entreprises de divulguer des informations sur leurs activités (ces textes sont souvent qualifiés de « lois de blocage » ou « blocking statutes » : Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., pp. 405-420, p. 409*

²⁴⁹ Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 240 et s.

²⁵⁰ Article 2, I) de la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 qui reprend le contenu de l'article 1^{er} de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, J.O., 17 juillet 1980, p. 1799.

juridictions étrangères si les intérêts économiques et la souveraineté du Canada sont menacés, et empêche l'application de lois et jugements étrangers dès lors qu'ils risquent d'attenter aux intérêts canadiens²⁵¹. Ce texte doit être lu en parallèle de celui de l'article 82 de la *Loi sur la concurrence* qui octroie aux juridictions canadiennes la faculté de bloquer des jugements étrangers, en leur permettant d'imposer, par exemple, à une personne morale ou physique de ne pas respecter les dispositions ou jugements étrangers susceptibles de nuire à la concurrence ou à l'efficacité du commerce ou de l'industrie au Canada²⁵².

89. En Grande-Bretagne, c'est le *Protection of Trading Interest Act* de 1980 qui sert de dispositif juridique pour contrecarrer l'application, sur le sol britannique, des règles étrangères de portée extraterritoriale²⁵³. Son objet est pratiquement similaire à celui de la loi française susmentionnée même si sa portée est beaucoup plus étendue²⁵⁴.

90. Ainsi, il existe dans plusieurs pays développés des législations tendant à bloquer toute mise en œuvre d'une règle étrangère sur leur territoire. Le problème résulte du fait que ces dispositifs de blocage sont susceptibles de contenir, à leur tour, des effets extraterritoriaux. Selon Madame Stern, la loi française de 1980, dont la finalité principale consiste à lutter contre les normes extraterritoriales étrangères, « *a elle-même par certains aspects une portée extraterritoriale* »²⁵⁵. Cela donne l'impression qu'il n'y a pas d'issue possible : on passe d'une réaction étatique à une autre réaction étatique au gré des intérêts économiques, mais au détriment d'une véritable répression des comportements anticoncurrentiels de dimension internationale. En définitive, l'unilatéralité constitue l'attitude à déconseiller en premier pour la recherche d'une voie pertinente conduisant à une bonne prise en charge des problèmes de concurrence posés par la mondialisation des économies. L'application extraterritoriale des règles de concurrence est loin d'être efficace. Elle génère surtout des tensions et des conflits.

En sus des limites purement juridiques, d'autres obstacles peuvent anéantir l'efficacité des mesures extraterritoriales. Ils sont liés à des raisons politiques.

²⁵¹ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 19.

²⁵² Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 18. Pour plus de détails sur l'exécution des jugements étrangers au Canada : Sylvette GUILLEMARD et Jacob STONE, « La Cour suprême du Canada et la compétence internationale des tribunaux », J.D.I. 2007, N° 2/2010, p. 1115-1137.

²⁵³ *Protection of Trading Interest Act*, Acts of Parliament, 1980 c. 11 s. 1-4, in, Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 246 et s.

²⁵⁴ Evelyne FRIEDEL-SOUCU, opt. cit., p. 242 et 246.

²⁵⁵ Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », art. cit., p. 40.

II - Les limites politiques

91. L'expression « limites politiques » est employée ici dans le but de distinguer un certain nombre d'entraves juridiques fondées sur des raisons politiques, d'autres obstacles que l'on peut qualifier de limites juridiques objectives. Autrement dit, les limites évoquées dans la précédente subdivision ont une nature purement juridique car elles résultent d'une appréciation objective des règles du droit international ainsi que celui des États ; les limites politiques ont trait à la manière dont un État va utiliser son droit de la concurrence pour servir ses intérêts économiques et les éventuels conflits politiques que provoquerait une telle utilisation.

92. En effet, les pays n'ont pas les mêmes intérêts économiques et chacun cherche toujours à préserver ses intérêts spécifiques en adoptant naturellement des règles qui vont dans le sens d'une protection de son économie ou de ses entreprises. Les règles nationales de concurrence sont intimement liées à la finalité qu'un État assigne à sa politique de concurrence. Les intérêts économiques sont différents, les politiques de concurrence le seront aussi. Par exemple, la politique de concurrence de l'Union européenne poursuit un objectif d'intégration économique²⁵⁶, alors qu'aux États-Unis la concurrence est considérée comme une « *fin économique* » en soi²⁵⁷. D'un côté, on utilise le droit de la concurrence comme un moyen de réaliser d'autres finalités, et d'un autre on adopte des règles permettant d'atteindre l'objectif de concurrence perçu comme une finalité en soi. Cette divergence de politiques de concurrence constitue logiquement une source de tensions, d'autant plus que l'utilisation « stratégique » desdites politiques s'accroît avec la mondialisation économique, les États s'en servant comme instrument d'amélioration ou de défense des « *positions concurrentielles des entreprises nationales* »²⁵⁸. C'est ainsi qu'une grande partie des droits nationaux sur la concurrence refuse de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles ayant des effets externes. Alors que les ententes sont sévèrement réprimées quand elles affectent le marché interne, elles

²⁵⁶ François SOUTY, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, opt. cit., p. 25 et s. ; Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, opt. cit., p. 263 ; Neelie KROES, art. cit., p. 1-2.

²⁵⁷ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., 218-219.

²⁵⁸ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 15 et s. ; Alexis JACQUEMIN, art. cit., p. 277.

sont paradoxalement tolérées dès lors qu'elles produisent leurs effets à l'extérieur²⁵⁹. C'est le cas aux États-Unis et dans l'Union européenne²⁶⁰.

93. L'instrumentalisation de la politique de concurrence (A) provoque souvent des conflits diplomatiques à partir du moment où elle crée un sentiment de préjudice économique auprès d'autres États (B).

A/ L'utilisation de la politique de concurrence à des fins stratégiques

94. Les politiques nationales de concurrence sont conçues dans l'objectif de servir les intérêts spécifiques des États. Tels des individus égoïstes, les États ont adopté des législations visant à préserver la concurrence sur leurs marchés internes. Même quand ils décident d'étendre leurs lois au-delà de leurs frontières, ils le font dans cette optique. L'exemple des ententes à l'exportation et les fusions en constitue une parfaite illustration.

95. D'abord, concernant les ententes à l'exportation, deux attitudes sont à relever. Premièrement, les théories de l'effet et de l'unité économique, qui servent de fondements juridiques aux autorités nationales pour appliquer extra-territorialement leur droit de la concurrence, ne prennent pas en compte ces pratiques anticoncurrentielles. En effet, leurs conditions d'application reposent soit sur la localisation du comportement anticoncurrentiel, soit sur l'effet anticoncurrentiel ressenti sur le territoire ; par conséquent, elles ne sont invocables que si la concurrence sur le marché interne est affectée. L'hypothèse a été confirmée par la jurisprudence qui offre des décisions allant dans ce sens. Ainsi, au sein de la Communauté européenne, des décisions telles que *Grosfillex* et *Supexie* ont reconnu le caractère licite des ententes à l'exportation produisant exclusivement leurs effets en dehors du territoire du marché commun²⁶¹. Comme le souligne Monsieur Richard Blasselle, ces types d'entente ne sont pas soumis au droit de la concurrence « *pour des raisons commerciales* », et

²⁵⁹ Emmanuelle CLAUDEL, in Patrick DAILLER, Géraud de LA PRADELLE et Habib GHERARI (dir.), *opt. cit.*, p. 408 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », *art. cit.*, p. 23.

²⁶⁰ Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, *opt. cit.*, p. 724 : pour le cas de l'Union européenne et Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *opt. cit.*, p. 68-71 : pour les ententes à l'exportation dans le droit américain.

²⁶¹ Décision de la Commission, 11 mars 1964, *Grosfillex*, JOCE, 9 avril 1964, p. 915 ; Décision de la Commission, 23 décembre 1970, *Supexie*, JOCE L 10, 13 janvier 1971, p. 12.

le droit communautaire ne s'oppose aux ententes à l'exportation « *qui sont pratiquées sur son territoire que dans la mesure où elles ont un effet boomerang sur le marché commun* »²⁶².

96. Ensuite, les États édictent des dispositions spécifiques visant à autoriser les cartels à l'exportation. En ce domaine, les Américains sont les plus entreprenants. Ils ont adopté deux lois afin d'exempter expressément les ententes à l'exportation qui, par rapport au contenu de la clause du commerce extérieur, devaient relever de la législation anticoncurrentielle²⁶³. Il s'agit de la *Webb-Pomerene Act* de 1918 et l'*Export Trading Company Act* de 1982²⁶⁴.

97. En Europe aussi, des dispositions similaires permettent de mettre en évidence l'utilisation stratégique des règles de concurrence. Loin d'être déguisée, elle est même assumée. En effet, l'article 101 TFUE (ex-article 81 du Traité CE) qui prohibe les ententes affectant le commerce entre les États membres de l'Union européenne ou restreignant la concurrence à l'intérieur du Marché commun prévoit, en son paragraphe 3, une exonération pour les ententes à l'exportation qui « *contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* ». Il assortit cette exemption d'un certain nombre de conditions qui concourent essentiellement à la protection des entreprises européennes ainsi qu'à l'interdiction de toute répercussion sur la concurrence dans le Marché commun.

98. Concernant les fusions ou concentrations, Madame Michèle Rioux soutient que « les politiques de la concurrence ont de plus en plus tendance à les encourager en supposant qu'ils permettent des gains d'efficacité et de développement des activités internationales des entreprises »²⁶⁵. Les législations nationales encourageraient ainsi les fusions internationales. Mais, paradoxalement, ils sont tous soucieux de l'impact que pourrait avoir une fusion internationale sur leurs marchés internes et adoptent, par conséquent, des dispositions qui leur permettent de donner leur autorisation en amont à une concentration internationale quand bien même une telle concentration ne concernerait que des entreprises exclusivement étrangères. C'est ce que font notamment les Américains et les Européens. Par exemple, le droit de

²⁶² Richard BLASSELLE, *opt. cit.*, p. 127.

²⁶³ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *opt. cit.*, p. 68.

²⁶⁴ *Webb-Pomerene Act*, 40 *Statutes* 516 (1918), codified in 15 U.S.C.A. 61-65 (1987) et *Export Trading Company Act*, 96 *Statutes* 1233 (1982), codified in 15 U.S.C.A. §§ 4001-4053 (1982), in Evelyne FRIEDEL-SOUCHU.

²⁶⁵ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », *art. cit.*, p. 17. Dans le même ordre d'idée : Med REZZOUK, « Cartels globaux, riposte américaine. L'ère Empagran ? », *RIDE* 2005/1, p. 56 et 57.

l'Union européenne, précisément le Règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, prévoit des seuils déterminant l'impact de la concentration sur le Marché commun et justifiant, par voie de conséquence, l'exercice du contrôle de la Commission²⁶⁶. Ces seuils sont relatifs aux chiffres d'affaires mondiaux et communautaires des entreprises concernées par l'opération de fusion.

99. Du côté des États-Unis, un mécanisme semblable est prévu dans la section 7 du *Clayton Act* qui soumet les fusions et acquisitions atteignant un certain seuil à une notification préalable auprès du Département fédéral de la justice et de la *Federal Trade Commission*²⁶⁷.

100. L'instrumentalisation des politiques nationales de concurrence crée donc, d'une part, des situations où les cartels à l'exportation sont encouragés par les États tant que leur effet néfaste ne se fait pas ressentir sur leurs propres marchés internes et, d'une autre, une multiplication des procédures de notification pour les fusions et acquisitions internationales. Outre le risque de conflit potentiel entre le pays qui encourage la pratique anticoncurrentielle et celui qui la bloque, les entreprises aussi peuvent être victimes de l'utilisation stratégique du droit de la concurrence en ce sens qu'une concentration peut faire l'objet d'une approbation de la part d'un État et être refusée par un autre. Il ne s'agit pas là que d'hypothèses d'école : ces situations se produisent souvent et les tensions politiques s'avèrent parfois.

B/ Les risques de conflits politiques

101. Quand on constate qu'une fusion comme celle de *Gillette-Wilkinson* sur le marché des lames de rasoir a fait l'objet, en 1992, d'un examen dans plus d'une douzaine de pays, on comprend aisément que la multiplication des lois extraterritoriales, ainsi que les procédures, génère un risque de contrariété des décisions²⁶⁸. L'incohérence des décisions des autorités nationales de concurrence pourrait très vite susciter des réactions qui prendraient des allures d'affrontements diplomatiques dès lors que des intérêts économiques importants sont

²⁶⁶ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, J.O.U.E. n° L 24, 20 janvier 2004 (qui a modifié le Règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989)

²⁶⁷ Stéphane CHATILLON, *Droit des affaires internationales*, Vuibert, 5^{ème} éd., novembre 2011, p.139-140.

²⁶⁸ Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 408.

en jeu. Les tensions politiques provoquées par les affaires *Boeing/McDonnell Douglas* et *GE/Honeywell* témoignent de cette réalité²⁶⁹.

102. Dans le cadre de la première affaire, la société américaine *Boeing*, un des leaders sur le marché de l'aéronautique, décide d'absorber sa concurrente sur le sol américain, la société *McDonnell Douglas*. Le 1^{er} juillet 1997, l'autorité américaine en charge du contrôle des concentrations, c'est-à-dire la FTC, autorise l'opération de fusion sans l'assortir de conditions supplémentaires²⁷⁰. Elle est également approuvée par la Commission européenne. Mais, contrairement à leurs homologues américains, les autorités européennes soumettent leur approbation au respect d'un certain nombre de conditions²⁷¹. Ainsi, *Boeing* a dû s'engager à maintenir, dans une entité juridique distincte, les activités civiles de *McDonnell Douglas* pour une période de dix ans ; elle a accepté de renoncer à toute conclusion d'accord exclusif et décidé de livrer davantage d'informations sur ses activités en relation avec certains projets militaires menés par le gouvernement américain²⁷². Il ressort clairement des conditions posées par la Commission en l'espèce une envie de protéger des parts de marchés pour la compagnie européenne *Airbus* car elle estime que cette fusion permet à *Boeing* de jouir d'une puissance dominante sur le marché. C'est pour cette raison qu'elle a cherché à neutraliser les accords exclusifs signés entre le constructeur américain et trois des plus grandes compagnies aériennes au monde, en l'occurrence *American*, *Delta* et *Continental*²⁷³. *Boeing* conteste logiquement la prise en compte desdits accords pour l'appréciation de la fusion, au motif qu'ils ont été conclus avant l'opération de concentration²⁷⁴. Mais elle a fini par céder, en prenant l'engagement de ne procéder à aucune signature de contrats exclusifs et de mettre fin à ceux qu'elle a déjà passés avec les trois compagnies américaines.

103. Et, du côté des autorités américaines, l'opération de fusion a été considérée comme ne portant pas atteinte à la concurrence, sans vraiment tenir compte des conséquences négatives des accords exclusifs susmentionnés²⁷⁵. Pourtant, selon Monsieur Frank Romano, « quatre des cinq commissaires de la FTC déclarèrent ces accords de distribution

²⁶⁹ Cécile PLAIDY, art. cit., paragraphes 32-34 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 22 ; Laurence BOY, art. cit., p. 59.

²⁷¹ Préc., Commission européenne, 30 juillet 1997, p. 16 ; Frank ROMANO, « La fusion Boeing/MDD et l'Accord conclu entre l'UE et les USA sur l'application de leurs Lois Antitrust », art. cit., p. 509.

²⁷² Préc., Commission européenne, 30 juillet 1997, Considérants 114 et s.

²⁷³ Préc., Commission européenne, 30 juillet 1997, Considérant 116.

²⁷⁴ Frank ROMANO, opt. cit., p. 64.

²⁷⁵ Frank ROMANO, opt. cit., p. 62.

potentiellement gênants »²⁷⁶. Cette approche aussi semble privilégier les intérêts économiques de l'État, au détriment d'une véritable régulation de la concurrence internationale. En d'autres termes, les Américains préfèrent aider leur « champion national » à asseoir sa domination sur le marché mondial de l'aéronautique même en présence d'un éventuel risque d'asphyxie de la concurrence sur le marché en cause.

104. En ce qui concerne l'affaire *GE/Honeywell*, elle vient alimenter les critiques formulées par de nombreuses entreprises étrangères à l'encontre de la Commission pour avoir interdit plusieurs fusions concernant des entreprises européennes dans les années 2001²⁷⁷ et partant, exacerber les tensions²⁷⁸. À l'instar de la fusion évoquée précédemment, il s'agissait ici également d'une fusion américano-américaine qui a été autorisée aux États-Unis mais refusée par la Commission européenne. Et les raisons qui ont conduit les autorités des deux blocs à agir de la sorte sont très différentes²⁷⁹. Pour la Commission, l'acquisition de *Honeywell Inc.* par *General Electric* créerait ou renforcerait « *une position dominante sur les marchés des réacteurs de gros porteurs commerciaux, des réacteurs d'avions régionaux de grande capacité et des réacteurs d'avions d'affaires, ainsi que sur les marchés avioniques et non avioniques* » et déduit que le projet de concentration aura des conséquences anticoncurrentielles en raison des « *chevauchements horizontaux et de l'intégration conglomérale des activités des parties à la concentration* »²⁸⁰. Alors que, du côté des autorités américaines, on a retenu le fait que les gains d'économie d'échelle, notamment en matière d'innovation, pourraient compenser suffisamment les éventuelles baisses de prix que causerait l'opération de fusion²⁸¹.

105. Les divergences de politiques nationales de concurrence constituent ainsi un sérieux obstacle à l'efficacité de la technique de l'extraterritorialité des législations nationales pour la répression des comportements anticoncurrentiels de dimension internationale. Les conflits qu'elles génèrent, paralysent soit le développement de l'activité des entreprises qui voient leurs projets de fusion soumis à de multiples procédures et des décisions

²⁷⁶ Frank ROMANO, opt. cit., p. 62.

²⁷⁷ Habib KAZZI, opt. cit., p. 231-232.

²⁷⁸ Laurence IDOT, « Premières vues sur l'arrêt *General Electric c. Commission* du 15 décembre 2005 », art. cit., p. 4-7.

²⁷⁹ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 232.

²⁸⁰ Préc., Décision de la Commission, 3 juillet 2001, p. 1 et s., spéc. : Considérants 458 et 341.

²⁸¹ M. GLAIS, « Convergences et divergences dans les analyses économiques américaines et européennes des projets de concentration », in *Malentendus ou divergences transatlantiques ?*, DGCRF, Atelier de la concurrence du 4 décembre 2002, Rev. Conc. Consom., n° 133, mai-juin 2003, pp. 35-39, p. 37, in Habib KAZZI, opt. cit., p. 232.

contradictoires, soit elles accentuent l'impunité des pratiques anticoncurrentielles transfrontières en encourageant leurs entreprises nationales à former des ententes à l'exportation. Au final, il n'existe aucune efficacité économique dans cette méthode de l'extraterritorialité. Comme le soutient Madame Emmanuelle Claudel, les politiques de concurrence exclusivement nationales constituent un « *danger* », en ce sens qu'elles créeraient des « *obstacles aux échanges internationaux et à l'exercice d'une libre concurrence entre les entreprises de nationalités différentes* »²⁸². Les États eux-mêmes ont pris conscience des limites liées à l'application extraterritoriale de leur droit de la concurrence et initié des projets de coopération internationale. Malheureusement, les accords bilatéraux, conclus à cette fin, ne seront pas en mesure de relever le défi de la régulation de la concurrence internationale, même s'ils apportent indéniablement quelques solutions efficaces à des problèmes ponctuels.

²⁸² Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 408.

CHAPITRE 2 : LES INSUFFISANCES DES ACCORDS BILATÉRAUX

106. À moins d'ignorer volontairement les règles du droit international public et la souveraineté des nations, l'État qui applique son droit de la concurrence à des situations nées au-delà de ses frontières sait pertinemment que l'efficacité des sanctions résultant d'une telle application dépend de la coopération de l'État sur le territoire duquel vont s'exercer les mesures extraterritoriales. Les pays ou espaces économiques les plus puissants comme les États-Unis et l'Union européenne, qui croyaient pouvoir éradiquer les pratiques anticoncurrentielles générées par la mondialisation de l'économie en exportant leurs législations sur la concurrence, ont dû se rendre à l'évidence. Confrontés à des critiques et obstacles de toute sorte, ils ont intégré la voie de la coopération. Ainsi, divers accords bilatéraux sont conclus aux fins de trouver des issues. De la mise en place d'une coopération administrative et judiciaire à l'assistance technique mutuelle, certains accords visent même l'harmonisation des législations sur la concurrence²⁸³.

107. Si ces instruments bilatéraux constituent une avancée non négligeable dans la lutte contre les comportements anticoncurrentiels de dimension internationale, ils sont cependant loin d'être la solution adéquate. Basé sur le principe de la courtoisie et un mécanisme de notification réciproque des informations relatives à des affaires qui sont susceptibles d'affecter l'autre partenaire, le processus bilatéral souffre de l'absence de valeur contraignante et de l'impossibilité de partager les informations confidentielles²⁸⁴.

On ne saurait mettre en évidence ces insuffisances (section 2) sans analyser, auparavant, l'organisation de la coopération bilatérale (section 1).

²⁸³ Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'élaboration d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., pp. 161-196, p. 169.

²⁸⁴ Frank ROMANO, *opt. cit.*, p. 59 et 65 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 23-24.

Section 1 : L'organisation de la coopération bilatérale

108. Même si les États ont été invités très tôt par l'OCDE à mettre en place une coopération visant à faciliter l'application des règles nationales de concurrence et éviter les conflits de compétence susceptibles d'être générés par l'extraterritorialité des lois et mesures internes²⁸⁵, ils n'ont commencé à investir cette voie que lorsqu'ils ont été réellement confrontés à l'inefficacité des attitudes unilatérales dans la répression des comportements anticoncurrentiels transfrontaliers, et ce à cause de l'existence, entre autres entraves déjà évoquées dans le précédent chapitre, de législations de blocage²⁸⁶. Comme le souligne Monsieur Walid Abdelgawad, le processus de coopération a été accéléré notamment à cause de la « *mondialisation des marchés et l'interconnexion croissante des économies nationales [qui] ont multiplié les formes de conflits de compétence entre autorités étatiques liées à l'application du droit de la concurrence* »²⁸⁷. Il sera concrétisé par l'adoption d'accords spécifiques concernant la mise en œuvre du droit de la concurrence. C'est le cas, par exemple, de l'Accord conclu entre les États-Unis et la Commission des Communautés européennes en 1991²⁸⁸, de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique de 1995²⁸⁹, de l'Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon²⁹⁰, etc. Énonçant des mécanismes de notification, de consultation et d'échanges d'informations entre les autorités de concurrence dans le cadre de traitement des affaires ayant trait à la concurrence, ces types de conventions constituent le principal instrument d'organisation de la coopération bilatérale dans le domaine du droit de la concurrence. À leurs

²⁸⁵ L'OCDE a commencé à faire des Recommandations en ce sens dès 1967, et continue de les réviser régulièrement. V. : OCDE, *Recommandation du Conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, 5 octobre 1967, C(67)53/FINAL. Les Recommandations de l'OCDE sont disponibles sur son site internet www.oecd.org qui renvoie au lien suivant : acts.oecd.org/Instruments.

²⁸⁶ Frank ROMANO, « Les accords bilatéraux de coopération en matière d'application des règles de concurrence », in Walid ABDELGAWAD (dir.), *opt. cit.*, p. 88-89 ; Markus PALLEK, « L'avenir de la coopération euro-américaine dans le domaine de la concurrence », *Cahiers de droit européen*, 2004, n° 1-2, p. 107 et 99-100 ; Benoît MERKT, *opt. cit.*, p. 309.

²⁸⁷ Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », *art. cit.*, p. 169.

²⁸⁸ Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence, *opt. cit.*, p. 47-52.

²⁸⁹ Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, *opt. cit.*, [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/cb.nsf/vwapj/canada-us-agreement-f.pdf/\\$file/canada-us-agreement-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/cb.nsf/vwapj/canada-us-agreement-f.pdf/$file/canada-us-agreement-f.pdf).

²⁹⁰ Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles, *opt. cit.*, p. 12-17.

côtés, d'autres instruments juridiques peuvent contribuer au développement de ladite coopération. Il s'agit de conventions bilatérales dont l'objectif primordial ne consiste pas à solutionner les problèmes de concurrence mais qui contiennent des dispositions susceptibles de régler certaines questions de « *droit de la concurrence internationale* »²⁹¹. Les traités d'entraide judiciaire et les accords de coopération technique assurent souvent cette fonction et doivent être classés, à ce titre, parmi les instruments juridiques de coopération bilatérale en matière de concurrence²⁹². Si le rôle des accords conclus spécialement pour contrecarrer les difficultés causées par l'application unilatérale du droit de la concurrence occupe une place importante dans l'instauration d'une coopération bilatérale dans le domaine de la concurrence (I), celui joué par les traités d'entraide judiciaire et les accords de coopération technique peut être d'un grand secours pour éviter certains blocages (II).

I - Les accords exclusifs sur la concurrence

109. Ils constituent, de loin, les instruments les plus importants pour l'organisation de la coopération bilatérale dans le domaine de la concurrence²⁹³. Conclus spécifiquement pour pallier les insuffisances des approches unilatérales dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles transfrontières et les blocages générés par lesdites approches, les accords bilatéraux sur l'application des législations nationales sur la concurrence ont commencé à fleurir vers la fin des années soixante-dix et le début des années quatre-vingts²⁹⁴. Inspirées par les recommandations de l'OCDE, notamment celles de 1986 et 1995²⁹⁵, ces conventions reposent sur le principe essentiel de la courtoisie²⁹⁶. La notion de « courtoisie » s'entend, dans le cadre de ces recommandations, d'un « *principe d'application volontaire demandant à un pays de prendre en considération attentivement et avec bienveillance les intérêts importants des autres pays lorsqu'il prend des décisions concernant la mise en œuvre de sa propre réglementation de la concurrence. Il s'agit d'un principe intrinsèquement volontaire, qui*

²⁹¹ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 261.

²⁹² CNUCED, *Rapport du Secrétariat de la CNUCED sur l'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés*, 30 avril 2000, TD/RBP/CONF.5/4, p. 6 ; Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 261 et s.

²⁹³ Habib KAZZI, opt. cit., p. 283 et s.

²⁹⁴ Benoît MERKT, opt. cit., p. 309, in Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 244.

²⁹⁵ OCDE, *Recommandations du Conseil sur la coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, 21 mai 1986, C(86)44/FINAL et 25 juillet 1995, C(95)130/FINAL.

²⁹⁶ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 20.

n'implique pas que les intérêts d'un autre pays se voient accorder un poids particulier, mais seulement que ses intérêts soient pris en compte »²⁹⁷. Elle contient deux volets : la « courtoisie passive » ou « traditionnelle » et la « courtoisie active ». La première consiste dans le fait, pour un État, de prendre en compte les intérêts d'autres États lorsqu'il applique sa législation sur la concurrence et de faire en sorte que ladite application ne porte pas préjudice aux intérêts en question²⁹⁸. La courtoisie active suppose, selon l'interprétation opérée par le Comité du droit et de la politique de concurrence de l'OCDE sur le contenu de la section I.B.5 de la recommandation de 1995, qu'un « *pays examine la demande qui est adressée par un autre pays en vue d'engager ou d'élargir une procédure d'application de ses réglementations afin de remédier à une pratique qui porte gravement préjudice à ses intérêts* »²⁹⁹. Les accords adoptés sur le fondement de ces principes ont été qualifiés d'accords de « première génération » ou de « seconde génération », la seconde génération désignant les conventions bilatérales les plus récentes et intégrant les règles de la courtoisie active³⁰⁰. Ces processus de coopération sont généralement établis entre des pays ou espaces ayant des droits de la concurrence similaires, ce qui rend leur négociation et leur exécution beaucoup moins compliquées³⁰¹.

110. Leur contenu aussi est à peu près semblable. Comme le résume Madame Catherine Prieto, la coopération mise en place par les accords bilatéraux sur la concurrence « *repose sur un système de notifications réciproques par lesquelles chaque État partenaire informe des investigations ouvertes dans des affaires susceptibles d'affecter l'autre État. Interviennent ensuite des mécanismes de courtoisie pour atténuer les sources de frictions entre États* »³⁰². L'exemple le plus emblématique correspond bien évidemment au modèle de coopération établi entre les deux partenaires commerciaux ayant le droit de la concurrence le plus abouti, en l'occurrence les États-Unis et l'Union européenne³⁰³. Il convient d'ajouter à

²⁹⁷ OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie positive*, opt. cit., p.6.

²⁹⁸ Sections I.A.1 et I.B.4 de la Recommandation de l'OCDE de 1995 : OCDE, opt. cit., C(95)130/FINAL, p. 1 et 2 ; Bienvenu OKEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p.77 ; Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 20.

²⁹⁹ OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie positive*, opt. cit., p. 6.

³⁰⁰ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 245-253. Pour aller plus loin, V. Frank ROMANO, « Premier bilan de l'Accord entre l'U.E. et les U.S.A. concernant l'application de leurs règles de concurrence », RDAI, N° 4, 1997, pp. 491-501. Il y considère l'accord de coopération de « *deuxième génération* » comme un « *accord de coopération plus ambitieux que les accords existants et qui a vocation à s'insérer dans le mouvement d'internationalisation des politiques de concurrence* » : p. 491.

³⁰¹ Andrew GUZMAN, « Is International Antitrust Possible ? », in Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 245.

³⁰² Catherine PRIETO, art. cit., p. 23.

³⁰³ Notamment par le biais de l'Accord de 1991 entre le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes concernant l'application de leurs règles de concurrence, opt. cit., p. 47-52 et l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique

ceci le mécanisme de coopération institué entre les États-Unis et le Canada et, dans une moindre mesure, l'Accord bilatéral entre le Japon et l'Union européenne dans le domaine de la concurrence³⁰⁴.

111. Mis à part la Chine, les pays ou espaces économiques susmentionnés représentent les États les plus développés de la planète et concentrent une part conséquente des marchés mondiaux³⁰⁵. Par conséquent, étudier les systèmes de coopération bilatérale qu'ils établissent entre eux dans le domaine de l'application du droit de la concurrence peut être représentatif et permettre de déduire des conclusions quant à l'efficacité de l'approche bilatérale dans la répression des comportements anticoncurrentiels au plan international. C'est pour ces raisons qu'une analyse approfondie sera d'abord consacrée à la coopération bilatérale entre les États-Unis et l'Union européenne (A), ensuite à celle entre les États-Unis et le Canada (B). L'analyse sera conclue par une étude détaillée de l'Accord entre l'Union européenne et le Canada pour l'application de leurs droits de la concurrence (C).

A/ La coopération bilatérale entre l'Union européenne et les États-Unis

112. Elle s'articule essentiellement autour de deux textes : les Accords de 1991 et 1998³⁰⁶. Le premier de ces dispositifs, intitulé « Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence », désigne le texte général qui pose les bases de la coopération bilatérale entre l'Union européenne et les États-Unis. Conclu le 23 septembre 1991, il n'a pu être mis en application qu'en 1995 et ce, à cause des protestations liées à la compétence de la Commission

concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, opt. cit., p. 28-31.

³⁰⁴ V. Accord de 1995 entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales et Accord de 2004 entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'exercice de la courtoisie active dans l'application de leurs lois sur la concurrence : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h-00128.htm#a3 ; Accord de 2003 entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles, opt. cit., p. 12-17.

³⁰⁵ A titre d'exemple, selon l'hebdomadaire *Courrier international*, « les économies américaines et européennes représentent [à elles seules] la moitié du produit national de la planète », édition du 28 février au 6 mars 2013, N° 1165, p. 11.

³⁰⁶ Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence, opt. cit., p. 47-52 et Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, opt. cit., p. 28-31.

pour passer ce type d'actes³⁰⁷. Son objectif essentiel consiste à éviter les conflits entre les autorités de concurrence des deux partenaires³⁰⁸. En effet, selon le premier paragraphe de l'article I de l'Accord, la convention a pour but de « *promouvoir la coopération et la coordination et de réduire la possibilité ou l'incidence des différences entre les parties dans l'application de leurs lois sur la concurrence* ». À ce titre, il prévoit, dans son article II, une notification réciproque des affaires dans lesquelles une enquête ou des investigations sont menées par l'une ou l'autre des autorités de concurrence et qui sont « *susceptibles d'affecter des intérêts importants de l'autre partie* ». Les articles III et IV fixent le principe de la coopération et de la coordination des actions conduites par les autorités des deux parties, en prévoyant un système d'échanges d'informations et d'assistance dans le déroulement des procédures. Les articles V et VI déclinent les modalités de la coopération, qui correspondent à des formes de courtoisie, même si cette notion ne figure pas de manière expresse dans l'Accord de 1991. D'aucuns ont interprété le dernier de ces textes comme définissant une « *procédure de "courtoisie traditionnelle" en vertu de laquelle chaque partie s'engage à tenir compte des intérêts importants de l'autre partie dans la mise en œuvre de ses propres mesures d'application* »³⁰⁹. Et l'article V est considéré comme celui qui édicte une procédure de « *courtoisie active* »³¹⁰. Il constitue le principal élément « *novateur* » de cet Accord³¹¹. En effet, c'était la première fois qu'un accord bilatéral incorporait des dispositions de courtoisie active³¹². Selon les termes de l'article en question, « *si une partie estime que des actes anticoncurrentiels commis sur le territoire de l'autre partie, compromettent ses intérêts importants* », elle peut demander à l'autre partie de prendre à leur encontre des mesures d'application appropriées, conformément à ses propres règles de concurrence. Avant même d'évaluer sa mise en œuvre ou son éventuelle efficacité, force est de constater qu'un tel dispositif constitue une avancée par rapport à la technique de l'extraterritorialité pour l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles internationales. Plutôt que d'essayer de réprimer soi-même des comportements étrangers qui lui causent un préjudice, l'État s'en

³⁰⁷ Markus PALLEK, art. cit., p. 108 ; Claude Lucas de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, opt. cit., p. 68.

³⁰⁸ Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 414.

³⁰⁹ C'est notamment le cas des rédacteurs du *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, COM/2000/0618 final, paragraphe 1. Introduction.

³¹⁰ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, opt. cit., paragraphe 1. Introduction ; OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie positive*, opt. cit., p. 10 ; Richard BLASSELLE, opt. cit., p. 131.

³¹¹ Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 414.

³¹² CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF.5/4, p. 5.

remet aux autorités les mieux placées, c'est-à-dire celles de l'État où les actes sont commis. Ce qui suppose l'existence d'une totale confiance en la capacité des autorités de concurrence de l'État partenaire dans le traitement des affaires. Malheureusement, dans les rapports étatiques, il est très rare que la confiance soit entière pour la simple et bonne raison que les intérêts économiques ou politiques ne vont pas de pair, ils sont même parfois contradictoires. Par exemple, un État sera réticent à engager des moyens financiers et juridiques pour lutter contre une pratique anticoncurrentielle qui ne vise pas son marché, ni ses consommateurs, quand bien même elle serait produite sur son territoire. Par conséquent, il n'est pas certain que la confiance comme « moyen de réaction » suffise.

113. Ceci étant dit, l'Accord bilatéral CE/USA de 1991 a bien donné lieu à des résultats très encourageants dans certains domaines, notamment en matière de contrôle des concentrations³¹³. Selon la Commission européenne, « on a assisté en 1999 à une nouvelle augmentation du nombre de concentrations notifiées en vertu de l'accord de 1991 ainsi qu'à une forte intensification de la coopération entre les États-Unis et l'Union européenne dans le traitement de ces affaires »³¹⁴. Et comme exemple de coopération réussie, la première affaire « *Microsoft* »³¹⁵ revient souvent dans les différentes analyses effectuées par la doctrine³¹⁶. En l'espèce, la Commission européenne et le *Department of Justice* (DoJ) s'étaient entendus afin de négocier ensemble avec l'entreprise *Microsoft* qui leur avait autorisé, à son tour, à échanger les informations qui la concernaient³¹⁷. Dans le même ordre d'idée, la fusion *Exxon/Mobil* constitue également une bonne illustration de la mise en œuvre de la coopération euro-américaine³¹⁸. Selon le rapport de la Commission déjà cité, la *Federal Trade Commission* (FTC) et la Commission européenne ont, dès l'annonce de l'opération de fusion entre Exxon et Mobil en décembre 1998, établi des contacts informels longtemps avant la notification formelle qui n'est intervenue qu'en mai 1999 ; une prise de contact aussi précoce

³¹³ Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 414 ; Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, opt. cit., paragraphe 2.1.

³¹⁴ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, opt. cit., paragraphe 2.1.

³¹⁵ *U.S. v. Microsoft Corp.*, 1995-2 Trade Cs. (CCH) 71, 096 (D.D.C. 1995), in Markus PALLEK, art. cit., p. 125.

³¹⁶ V. en ce sens : Markus PALLEK, art. cit., p. 125 et s. ; Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 414 ; CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF.5.4, p.15 ; Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparé – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, opt. cit., p. 122.

³¹⁷ Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 414 ; Markus PALLEK, art. cit., p. 125.

³¹⁸ Décision 2004/284/CE de la Commission, 29 septembre 1999, aff. N° IV/M.1383, *Exxon/Mobil*, JOCE L 103, 7 avril 2004, p. 1.

a permis aux deux autorités de débattre très tôt des problèmes de concurrence susceptibles de se poser dans les secteurs de production de pétrole et de gaz naturel à cause de la réalisation d'un tel projet de concentration³¹⁹. Le rapport poursuit qu'à la « suite de la notification, et après avoir obtenu des parties à la concentration une renonciation qui a permis aux deux autorités d'échanger des informations confidentielles, la FTC et la Commission ont mené en étroite collaboration une grande part de l'appréciation de l'opération quant au fond »³²⁰.

114. D'autres affaires comme *Allied Signal/Honeywell*³²¹ ou encore l'affaire *A.O.L./Time Warner*³²², peuvent venir étoffer la liste. Le problème résulte du fait qu'elles concernent toutes le contrôle des concentrations. Hormis cette matière, il est difficile de trouver des illustrations de mise en œuvre de l'Accord bilatéral de 1991. Les deux partenaires ont essayé de l'améliorer en le complétant par un Accord portant exclusivement sur la courtoisie active. Signé en juin 1998, l'« Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence »³²³ ne s'applique curieusement pas aux opérations de fusions³²⁴. Il permet de gagner en précisions mais n'étend pas plus le champ des branches de droit de la concurrence soumises à la mise en œuvre de la coopération. Le contrôle des concentrations demeure toujours la branche qui se prête au mieux à l'application de la coopération telle qu'instituée par les deux dispositifs.

115. Ce constat ne doit pas pour autant conduire à nier l'efficacité des instruments de la coopération euro-américaine. D'après le Rapport du secrétariat de la CNUCED du 30 avril 2000, l'Accord de 1991 a « stimulé la coopération entre les autorités » américaine et

³¹⁹ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, opt. cit., paragraphe 2.1.

³²⁰ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, opt. cit., paragraphe 2.1.

³²¹ Communication de la Commission, aff. N° IV/M.1601, *Allied Signal/Honeywell*, JOCE C 259, 11 septembre 1999, p. 9 ; Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, opt. cit., paragraphe 2.1.

³²² Décision 2001/718/CE de la Commission, 11 octobre 2000, aff. N° COMP/M.1845, *A.O.L./Time Warner*, JOCE L 268, 9 octobre 2001, p. 28.

³²³ Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, opt. cit., p. 28-31.

³²⁴ OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie positive*, opt. cit., p. 11.

européenne chargées de la concurrence, « favorisé l'échange de renseignements et d'idées sur la politique d'application, ainsi que la collaboration dans des cas particuliers »³²⁵. Donc, réussir à coordonner les actions, ne serait-ce qu'en matière de fusions, constitue déjà une avancée dans la mesure où cela permet d'éviter les concentrations d'entreprises qui auraient des effets néfastes sur la concurrence au plan international. En sus, le fait que le mécanisme de prévention et de résolution des conflits soit basé essentiellement sur la courtoisie traditionnelle ne signifie pas qu'il faille confiner le texte qui le prévoit, en l'occurrence les articles VI et VII, au rang de simple consécration symbolique. Instituant une « *procédure fort précise, de caractère unilatéral, permettant de prévenir les conflits* » et une « *procédure bilatérale de consultation* », ils pourraient s'avérer efficaces lorsque chaque partenaire prend en compte les intérêts importants de l'autre en cas d'application extraterritoriale de sa législation sur la concurrence³²⁶.

116. On s'aperçoit ainsi que la logique de coopération désigne la meilleure attitude à adopter pour prendre en compte la mondialisation des comportements anticoncurrentiels. Le cadre bilatéral représente une étape cruciale mais ne saurait malheureusement pas suffire. L'analyse d'un autre modèle de coopération bilatérale pourrait être intéressante afin d'effectuer une comparaison avec le cas que nous venons d'étudier, et prendre connaissance d'une autre approche de cette technique d'encadrement des pratiques anticoncurrentielles transfrontalières.

B/ La coopération entre les États-Unis et le Canada

117. Les États-Unis et le Canada ont longtemps pris l'habitude de collaborer dans beaucoup de domaines. Le droit de la concurrence n'échappe pas à cette situation. Selon Madame Michèle Rioux, déjà en 1959, ils avaient mis en place un système non officiel de consultations et de notifications, grâce à l'entente Fulton-Rogers ; mais la coopération bilatérale entre ces deux pays dans le domaine de la concurrence n'a été « *formalisée pour la première fois* » qu'en 1984 par la signature du Protocole d'entente³²⁷. Ce texte a fait l'objet d'une modification en 1995 avec l'adoption de l'« Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la

³²⁵ CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF.5/4, p. 15.

³²⁶ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 390-391.

³²⁷ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 21.

concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales » qui reprend le contenu essentiel du Protocole, tout en rajoutant d'autres dispositions³²⁸. Notre analyse se portera donc sur ce dernier dispositif qui sert actuellement de fondement juridique à la coopération américano-canadienne.

118. Comparable sur plusieurs aspects à l'Accord CE/USA de 1991, l'Accord Canada/USA de 1995 semble, à notre sens, beaucoup plus abouti que le premier, qui est souvent cité comme une référence en matière d'instruments de coopération bilatérale dans le domaine de la concurrence. En effet, outre les branches classiques du droit de la concurrence, à savoir les pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des opérations de concentration, il intègre l'application des lois relatives aux pratiques commerciales déloyales dans le champ de la coopération³²⁹. La formulation de l'objet de l'Accord dénote également une volonté de prise en compte de l'ensemble des difficultés susceptibles de résulter de l'application extraterritoriale des deux droits nationaux respectifs. Par exemple, le souhait de prévenir les conflits de lois est exprimé de manière beaucoup plus explicite. Ainsi, selon son article I, l'objet de l'Accord Canada/USA de 1995 consiste à « *favoriser la coopération et la coordination entre les autorités responsables de la concurrence des Parties, d'éviter les conflits occasionnés par l'application des lois sur la concurrence des Parties et de réduire au minimum l'impact des différences dans leurs intérêts importants respectifs, et aussi d'établir un cadre de coopération et de coordination en ce qui a trait aux lois relatives aux pratiques commerciales déloyales* »³³⁰. Les dispositions suivantes ont réellement essayé de traduire ces objectifs de manière concrète, en mettant en place des mécanismes de coopération bien précis. L'architecture du texte ressemble au schéma classique des accords bilatéraux en ce domaine : on y trouve des dispositions ayant trait à la notification des pratiques susceptibles d'affecter les intérêts de l'autre Partie (article II), à la consultation (article VIII), aux échanges d'informations (article III, paragraphe 1) et à la courtoisie active (article V). En sus de ce contenu traditionnel, un article entier est consacré au traitement des tensions susceptibles de découler de l'application extraterritoriale des règles de concurrence (article VI). Intitulé

³²⁸ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 21-22 ; Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, 1^{er} et 3 août 1995 : [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/cb.nsf/vwapj/canada-us-agreement-f.pdf/\\$file/canada-us-agreement-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/cb.nsf/vwapj/canada-us-agreement-f.pdf/$file/canada-us-agreement-f.pdf).

³²⁹ V. article I de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, opt. cit., paragraphes 1 et 2.

³³⁰ Article I de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur concurrence et leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, opt. cit., paragraphe 1.

« *Prévention des conflits* », ce texte impose aux parties de respecter les règles de la courtoisie passive quand elles appliquent leurs propres réglementations à des pratiques qui vont à l'encontre de la concurrence. Comportant cinq paragraphes, il détaille tous les éléments que les autorités de concurrence doivent prendre en compte dès lors qu'elles sanctionnent un comportement pouvant affecter les intérêts importants de l'autre partie et ce, afin de prévenir tout conflit susceptible de résulter d'une telle application.

119. Il est également une autre disposition qui démontre le caractère poussé du système de coopération mis en place par l'Accord Canada/USA de 1995. Elle concerne la conduite des enquêtes sur le territoire de l'autre partenaire. Selon le paragraphe 6 de l'article II de l'Accord, « *les Parties reconnaissent que les représentants d'une Partie peuvent visiter le territoire de l'autre Partie dans le cadre des enquêtes effectuées en application de leurs lois sur la concurrence. Ces visites font l'objet d'une notification conformément au présent article et sont subordonnées à l'obtention du consentement de la Partie notifiée* ». Avec cette disposition, les deux partenaires ont trouvé une solution au problème de la territorialité de la compétence d'exécution, qui bloque une autorité étrangère tentant de mener des enquêtes au-delà des frontières de son État. Quand bien même elle serait soumise à l'obtention du consentement de la partie sollicitée, la possibilité de mener des enquêtes sur le territoire de l'autre partenaire constitue une avancée indéniable qui contribue à l'efficacité de la coopération bilatérale pour la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles transfrontalières. L'inconvénient consiste dans le fait que cette faculté n'est offerte qu'aux seules autorités de concurrence des deux États signataires de l'Accord. D'où l'intérêt d'envisager la coopération à un niveau multilatéral, sinon les problèmes demeureront entiers dès l'instant qu'un autre État tiers est concerné par un litige impliquant deux nations liées par un accord bilatéral relatif à l'application de leurs règles de concurrence.

120. Pour terminer avec cette partie, nous notons que la courtoisie active telle qu'envisagée par l'Accord Canada/USA est similaire à celle mise en place dans le cadre de la coopération euro-américaine. L'article V de l'Accord susmentionné dispose que « *si une Partie est d'avis que des agissements anticoncurrentiels qui ont lieu sur le territoire de l'autre Partie ont des effets négatifs sur ses intérêts importants, la première Partie peut demander que les autorités responsables de la concurrence de l'autre Partie entreprennent*

des activités de mise en application appropriées »³³¹. Peut-être parce qu'ils ont estimé que ce texte n'était pas assez complet, les partenaires ont jugé nécessaire de le compléter par un accord spécifique portant sur la courtoisie active. Adopté en 2004, l'« Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'exercice des principes de courtoisie active dans l'application de leurs lois sur la concurrence »³³² énonce, en son article III intitulé « *Courtoisie active* », un contenu similaire à celui de l'article V de l'Accord de 1995. Il y est notamment mentionné que « *les autorités de concurrence de la Partie requérante peuvent demander aux autorités de concurrence de la Partie requise d'enquêter sur des agissements anticoncurrentiels et, au besoin, d'y apporter des mesures correctives conformément aux lois sur la concurrence de la Partie requise* ». Les dispositions qui s'ensuivent déclinent les modalités pratiques d'exercice de la courtoisie active.

121. Ainsi, à l'instar du système de coopération euro-américaine, la courtoisie active occupe également une place de prédilection dans le mécanisme de coopération bilatérale entre le Canada et les États-Unis. Cela se comprend parfaitement car l'État sur le territoire duquel se réalisent des comportements anticoncurrentiels est généralement le mieux placé pour adopter des sanctions adéquates. Il est donc logique que les autres États qui s'estiment victimes de ces actes recourent à lui. Le problème de ce mécanisme découle du fait qu'il repose purement sur la volonté des États. Par conséquent, l'efficacité des solutions bilatérales dans la répression des comportements anticoncurrentiels transfrontaliers ne peut être que limitée, en ce sens qu'elles sont fondées essentiellement sur la courtoisie qui représente en soi une limite. Autrement dit, les limites de la courtoisie active sont la courtoisie elle-même. Elles feront l'objet d'une analyse plus approfondie dans la deuxième section de ce présent chapitre. En attendant, intéressons-nous à un troisième modèle de coopération bilatérale, en l'occurrence la coopération entre l'Union européenne et le Canada.

³³¹ Article V de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, opt. cit., paragraphe 2.

³³² Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'exercice des principes de courtoisie active dans l'application de leurs lois sur la concurrence, 2004 : [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ct02957f-accord.pdf/\\$file/ct02957f-accord.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ct02957f-accord.pdf/$file/ct02957f-accord.pdf).

C/ L'Accord entre l'Union européenne et le Canada pour l'application de leur droit de la concurrence

122. Comme souligné auparavant, les accords bilatéraux conclus dans le domaine du droit de la concurrence l'ont été sur une vive recommandation de l'OCDE, qui a invité les États à agir dans ce sens afin de limiter les effets des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de bloquer les échanges internationaux³³³. C'est ainsi que beaucoup d'accords, y compris ceux évoqués dans les précédentes subdivisions, font explicitement référence aux recommandations relatives à cette question. L'« Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence »³³⁴ ne fait pas figure d'exception : dans son préambule, il s'appuie expressément sur la recommandation de l'OCDE dans le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux, de 1995³³⁵. Largement inspiré de l'Accord CE/USA de 1998 qui lui a presque « servi de modèle », l'Accord CE/Canada a néanmoins un champ d'application beaucoup plus vaste, en ce sens qu'il inclut les concentrations³³⁶. On a l'impression que les parties signataires se sont appuyées sur leurs précédentes expériences de coopération bilatérale dans le domaine du droit de la concurrence pour adopter un texte s'étendant à l'ensemble des branches composant cette matière ; même si, hormis le fait d'englober les concentrations, ce texte ne semble pas d'une originalité particulière. À notre sens, il n'est par exemple pas plus abouti que l'Accord Canada/USA de 1995. Il reprend le schéma classique des accords bilatéraux sur l'application des règles de concurrence, avec des dispositions prévoyant des procédures de notification réciproque des affaires (article II), des mécanismes de consultations (article III), une coordination des mesures d'application (article IV), un système d'échanges d'informations (article VII), et l'ensemble du dispositif s'articulant autour de la courtoisie (article V). Concernant ce dernier élément, la notion de courtoisie ne figure pas dans le texte de l'Accord, mais les parties y réfèrent sans aucune ambiguïté. Dans un article V intitulé « *Coopération concernant des actes anticoncurrentiels commis sur le territoire de l'une des parties et portant atteinte aux intérêts de l'autre* », il est mentionné que « *si l'une des parties est fondée à croire que des actes anticoncurrentiels commis sur le territoire de l'autre partie portent atteinte à ses intérêts importants, elle peut*

³³³ V. p. 46 et 48 du présent ouvrage.

³³⁴ Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence, opt. cit., p. 50-60.

³³⁵ Préambule de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence, opt. cit., p. 50.

³³⁶ Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 414.

demander que l'autorité responsable de la concurrence de l'autre partie prenne des mesures d'application appropriées »³³⁷. Cette disposition énonce ainsi un mécanisme de courtoisie active. En analysant tout le contenu de l'article, Monsieur Richard Blasselle y décèle également un système de courtoisie traditionnelle³³⁸.

123. Ces énonciations classiques se complètent par un article marquant une certaine avancée dans la manière de rédiger les accords bilatéraux relatifs à la concurrence, ou plutôt dans la volonté des États à trouver des solutions aux problèmes posés par l'application extraterritoriale des règles nationales de concurrence. Présente dans les Accords CE/USA de 1991 et Canada/USA de 1995, la disposition spécifique concernant la prévention des conflits fait une apparition remarquée au sein de l'Accord CE/Canada de 1999 avec un contenu très riche, évoquant un amalgame de ceux des deux premiers textes. Insérée sous un exhaustif article VI intitulé « *Prévention des conflits* », la disposition spécialement consacrée au traitement des difficultés désigne une des mesures traduisant l'intérêt même des accords bilatéraux dans le domaine de la concurrence. Au lieu de se limiter à l'invocation de dispositifs vagues, les partenaires s'attaquent au cœur du sujet en mettant en place un système de prévention des conflits. Certes, le processus semble se reposer uniquement sur la courtoisie traditionnelle ; néanmoins, établir que « *lorsqu'il apparaît que les mesures d'application d'une partie peuvent porter atteinte aux intérêts importants de l'autre partie, chaque partie, conformément aux principes généraux énoncés plus haut, met tout en œuvre pour concilier de manière appropriée les intérêts concurrents des parties, chaque partie tenant compte, à cet égard, des facteurs pertinents* », puis lister les éléments pertinents à prendre en considération³³⁹, cela constitue indéniablement un facteur de réduction des conflits potentiels.

124. Concernant la mise en œuvre de l'Accord, le rapport de la Commission européenne sur l'application des accords de coopération dans le domaine du droit de la concurrence, conclus entre les Communautés européennes et les gouvernements des États-Unis et du Canada³⁴⁰, fournit une réponse éclairée sur la question. Il y est notamment exposé que « *pour les services de la Commission, la coopération avec leurs homologues canadiens*

³³⁷ Article V, paragraphe 2, Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence, opt. cit., p. 52.

³³⁸ Richard BLASSELLE, opt. cit., p. 133-134.

³³⁹ V. article VI de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence, opt. cit., p. 53.

³⁴⁰ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2000, opt. cit., COM/2002/0045 final.

s'est révélée une expérience très positive », que la nature de la coopération dépendait du type d'affaire concerné et que celle-ci pouvait aller d'une simple demande de renseignements jusqu'à une coordination des mesures correctives proposées dans le cadre d'une affaire³⁴¹. Une coopération effective existe ainsi entre les deux partenaires, comme en témoignent les différentes affaires traitées par les autorités de concurrence de chacune des parties. En guise d'illustration, l'affaire *Vivendi/Canal+/Seagram*³⁴² est considérée comme un exemple de coopération réussie entre les autorités européenne et canadienne³⁴³. Il était question d'une concentration qui, selon la Commission européenne, aurait des répercussions sur trois marchés, à savoir le « marché de la télévision à péage, le marché paneuropéen émergent des portails et le marché émergent de la musique en ligne » ; elle a autorisé la concentration sous réserve que la société *Vivendi* s'engage à céder sa participation dans la société de télévision à péage britannique *BSkyB* et permette à ses concurrents d'accéder aux films d'*Universal*³⁴⁴. D'après le rapport susmentionné, les deux autorités de concurrence ont mené une étroite coopération dans le traitement de cette affaire³⁴⁵. D'autres affaires, telles que *CELESTICA/IBM*³⁴⁶ ou *Bombardier/Adtranz*³⁴⁷, peuvent s'ajouter à la liste des exemples de mise en œuvre de l'Accord de coopération bilatérale entre le Canada et l'Union européenne. Il n'existe donc nul doute quant à la réalité d'une coopération entre Européens et Canadiens dans le domaine de la concurrence. Les rédacteurs du rapport de la Commission déjà cité concluent leur compte-rendu en déclarant que l'Accord CE/Canada de 1999 « a permis de

³⁴¹ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2000, opt. cit., paragraphe 2.3.

³⁴² Décision de la Commission, aff. N° COMP/M.2050, *Vivendi/Canal+/Seagram*, JOCE C 311, 31 octobre 2000, p. 3 ; Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2000, opt. cit., paragraphe 2.4.

³⁴³ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2000, opt. cit., paragraphe 2.4.

³⁴⁴ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2000, opt. cit., paragraphe 2.4.

³⁴⁵ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2000, opt. cit., paragraphe 2.3.

³⁴⁶ Décision de la Commission, 25 février 2000, aff. N° COMP/M.1841, *CELESTICA/IBM*, www.ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/ml1841_en.pdf.

³⁴⁷ Décision 2002/191/CE de la Commission, 3 avril 2001, aff. N° COMP/M.2139, *Bombardier/Adtranz*, JOCE L 69, 12 mars 2002, p. 50, modifiée par la Décision 2005/907/CE, 3 juillet 2005, JOCE L 329, 16 décembre 2005, p. 35.

nouer une relation beaucoup plus étroite entre la Commission et le Bureau canadien de la concurrence et a permis à chacune des deux parties de mieux comprendre la politique de concurrence de l'autre partie », de rajouter qu'un « *nombre croissant d'affaires sont examinées par les deux autorités de concurrence* », et d'en déduire une « *reconnaissance toujours grande de l'importance d'éviter des décisions contradictoires et de coordonner les mesures d'application lorsque les deux parties y ont intérêt* »³⁴⁸. Tout cela conforte l'idée selon laquelle la coopération bilatérale constitue une bonne chose, une piste bien meilleure que l'extraterritorialité pour lutter contre la mondialisation des comportements anticoncurrentiels. Elle ne doit cependant représenter qu'une étape car elle ne saurait suffire comme réponse à un problème qui concerne l'ensemble des États de la planète. À l'instar de la coopération entre les États-Unis et l'Europe, la coopération euro-canadienne suscite les mêmes inquiétudes : que se passera-t-il quand les deux partenaires auront des intérêts divergents ? Les blocages ou conflits générés par l'extraterritorialité des règles de concurrence risquent de ressurgir à nouveau, puisque le mécanisme de coopération est basé sur la courtoisie. On se rend finalement compte que l'efficacité du bilatéralisme est aléatoire. Elle est soumise à la volonté de la partie sollicitée. Il est donc inenvisageable de se contenter uniquement d'un tel type de remède. Le multilatéralisme semble correspondre à la voie la plus adaptée.

125. Ceci étant dit, l'étude de la coopération bilatérale concernant l'application du droit de la concurrence ne saurait être complète sans évoquer tous les autres accords bilatéraux qui ne portent pas spécifiquement sur la concurrence, mais contiennent néanmoins des dispositions ayant trait à la matière. Nous allons nous atteler à les mettre en exergue.

II - Les accords ne visant pas spécialement la concurrence

126. Ciblant un but autre que la régulation de la concurrence, certains de ces instruments bilatéraux peuvent être d'une efficacité optimale dans le traitement d'un nombre assez varié de litiges ayant trait à la concurrence. Leur nature technique leur confère un caractère d'« outil polyvalent » au service des autorités administratives et judiciaires des

³⁴⁸ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2000, opt. cit., paragraphe 2.5. Conclusion.

États partenaires. Certains d'entre eux contiennent des dispositions se référant à la concurrence tout en ayant une finalité commerciale, tandis que d'autres concernent l'instruction et l'exécution de décisions de justice. Il s'agit des traités d'entraide judiciaire, des traités d'amitié, de commerce et de navigation, des accords de coopération technique et des accords établissant le libre-échange, une union douanière ou un marché commun.

A/ Les traités à visées techniques

127. L'expression « traités à visées techniques » est employée ici dans l'unique but de distinguer une catégorie d'accords bilatéraux, en l'occurrence les traités d'entraide judiciaire et les accords de coopération technique, conclus par les États à fin de faciliter le fonctionnement de leurs justices respectives, notamment en cas de présence d'éléments d'extranéité, d'une autre catégorie qui regroupe des conventions poursuivant une finalité généralement commerciale ou économique.

128. La précision étant apportée, il reste à démontrer le lien entre la coopération bilatérale pour l'application du droit de la concurrence et ce type d'accords. Pour ce faire, le rapport révisé du secrétariat de la CNUCED sur « l'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés »³⁴⁹ offre une belle piste de démonstration. Il y est notamment soutenu que « *la coopération relative aux poursuites pénales pour violation de la législation antitrust peut s'inscrire dans le cadre des traités bilatéraux d'entraide judiciaire s'appliquant aux affaires pénales en général* »³⁵⁰. Les traités d'entraide judiciaire axés sur la matière pénale peuvent donc concerner le droit de la concurrence. Cela se comprend aisément dans la mesure où dans beaucoup de pays la transgression des règles de concurrence est sanctionnée soit par le biais d'une procédure administrative, soit par la voie d'une action civile ou pénale. Le système américain constitue, par exemple, une excellente illustration de cette coexistence de procédures de natures administratives, civiles et pénales : en effet, comme le souligne Monsieur Benoît Merkt, « *les principes posés par le Sherman Act et le Clayton Act*

³⁴⁹ CNUCED, *Rapport révisé du secrétariat de la CNUCED sur l'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés*, 26 avril 2007, TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5.

³⁵⁰ CNUCED, *opt. cit.*, TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 8.

s'appliquent indifféremment aux procédures pénales, administratives ou civiles »³⁵¹. Ce système est célèbre pour ses dommages-intérêts multiples ou « *treble damages* », octroyés dans le cadre d'actions privées intentées pour violation du droit antitrust américain³⁵², mais également pour ses sanctions pénales, telles que les « *lourdes peines criminelles* » infligées en cas de violation de la section 1 du *Sherman Act* qui prohibe les ententes³⁵³.

129. Ainsi, les traités d'entraide judiciaire peuvent jouer un rôle dans le traitement des affaires de concurrence susceptibles de donner lieu à l'application d'une règle pénale. À ce titre, ils participent à l'organisation de la coopération bilatérale visant à encadrer les comportements anticoncurrentiels internationaux. Outils techniques, ils comportent un certain nombre d'éléments capables de contrecarrer les obstacles juridiques qui rendaient inefficace l'application extraterritoriale du droit national de la concurrence. On en recense de manière abondante. En guise d'illustration, il est possible de retenir l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire de 2003³⁵⁴, le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le Canada³⁵⁵, l'Accord entre l'Union européenne et le Japon relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale³⁵⁶, le Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique³⁵⁷, etc. Même s'ils ne sont pas tous similaires, ces traités présentent des points de convergence sur plusieurs aspects ; ils contiennent tous des dispositions érigeant la faculté d'obtenir des preuves concernant d'éventuelles infractions pénales et l'échange d'information confidentielle³⁵⁸. La recherche d'éléments de preuve est établie de manière assez avancée : elle peut s'effectuer par le truchement de mesures de contrainte, telles que la perquisition ou la saisie. C'est ce que prévoit, par exemple, l'article 6 du Traité d'entraide

³⁵¹ Benoît MERKT, opt. cit., p. 36 .

³⁵² Benoît MERKT, opt. cit., p. 36. Pour une présentation du système de « *treble damages* », cf. : Jean-Christophe RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, PUAM, 2008, p. 452 et s.

³⁵³ DOSSIERS INTERNATIONAUX FRANCIS LEFEBVRE, États-Unis, 5ème éd., p. 95-96 ; François SOUTY, « La Cour suprême des États-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts *Empagran* et *Intel V. AMD* », *Les Petites Affiches*, n° 189, 21 septembre 2004, pp. 3-14, spéc. p. 3.

³⁵⁴ Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, J.O.U.E. n° L 181, 19 juillet 2003, p. 34-42.

³⁵⁵ Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le Canada, 7 octobre 1993, www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19930303/199511170000/0.351.923.2.pdf.

³⁵⁶ Accord entre l'Union européenne et le Japon relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale, J.O.U.E n° L 39, 12 février 2010, p. 20-35.

³⁵⁷ Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, signé le 18 mars 1985 et entré en vigueur le 24 janvier 1990, RTC 1990 n° 19, 1990 Partie 1, p. 953.

³⁵⁸ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

judiciaire entre la Suisse et le Canada³⁵⁹, l'article XVI de l'Accord entre les États-Unis et le Canada³⁶⁰, ou encore l'article 3 de l'Accord entre l'Union européenne et le Japon³⁶¹. Dans le même ordre d'idées, l'Accord signé entre l'Union européenne et les États-Unis prévoit la constitution d'équipes d'enquêtes communes en son article 5 qui dispose que « *pour autant qu'elles ne l'aient pas encore fait, les parties contractantes prennent les mesures nécessaires pour permettre la constitution et le fonctionnement d'équipes policières d'enquête communes sur le territoire respectif de chaque État membre et des États-Unis d'Amérique aux fins de faciliter les enquêtes et les poursuites pénales faisant intervenir un ou plusieurs États membres et les États-Unis d'Amérique, si l'État membre concerné et les États-Unis d'Amérique l'estiment opportun* »³⁶². Le paragraphe 2 dudit article énonce que les procédures régissant le fonctionnement de ces équipes feront l'objet d'un accord entre les autorités compétentes chargées des recherches ou de la répression des infractions pénales, que chacun des États concernés aura désigné.

130. La possibilité de mener des enquêtes en territoire étranger, accompagnée d'un droit d'y exercer une mesure de contrainte, serait, sans la présence de ces types d'accords d'entraide judiciaire, systématiquement en contradiction avec le principe de l'exclusivité territoriale de la compétence d'exécution. Comme évoqué dans le précédent chapitre, cet élément constitue l'un des arguments sur lesquels s'appuie l'État qui ne souhaite pas que des autorités étrangères effectuent des enquêtes sur son sol. Par conséquent, le fait de pouvoir compter sur les traités d'entraide judiciaire, ne serait-ce que pour les affaires de concurrence ayant un volet pénal, représente un pas de plus dans la recherche d'une répression efficace des pratiques anticoncurrentielles transfrontières.

131. Le pendant du droit de mener des enquêtes, à savoir l'échange d'informations confidentielles, est également bien présent dans ces accords bilatéraux. Il est néanmoins assorti d'une obligation de garantir leur non-divulgarion³⁶³. À titre d'illustration, l'article XIII du Traité d'entraide entre le Canada et les États-Unis institue un système d'échange de documents à la fois publics et confidentiels, mais son article IX prévoit que l'État requis peut

³⁵⁹ Article 6 du Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le Canada, opt. cit., paragraphes 1 et 2.

³⁶⁰ Article XVI du Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, opt. cit., paragraphes 1-4.

³⁶¹ Article 3 de l'Accord entre l'Union européenne et le Japon relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale, opt. cit., p. 20.

³⁶² Paragraphe 1 de l'article 5 de l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, opt. cit., p. 37.

³⁶³ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

exiger le respect de la confidentialité³⁶⁴ ; et dans le cadre de la coopération euro-américaine, l'Accord de 2003 édicte, au niveau de son article 3, une règle de recherche d'informations bancaires, énonce dans son article 6 un mécanisme d'organisation de vidéoconférences au cours desquelles les parties peuvent échanger des informations, mais exige en son article 10 le respect de la confidentialité au cas où elle serait demandée par l'État requérant³⁶⁵.

132. Outre les affaires pénales antitrust, ces traités bilatéraux d'entraide judiciaire peuvent être d'une grande utilité pour des procédures administratives ou civiles visant la sanction d'un acte anticoncurrentiel. En effet, quand on analyse de façon approfondie leur objet ou champ d'application, l'on se rend compte que certains d'entre eux ne se limitent pas au droit pénal, ils étendent le champ de l'entraide à d'autres procédures. L'article 8 de l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis dispose, par exemple, que « *l'entraide judiciaire est également accordée à une autorité administrative nationale enquêtant sur des faits en vue de les poursuivre pénalement ou de les renvoyer aux autorités compétentes en matière d'enquêtes et de poursuites, conformément à la compétence administrative ou réglementaire dont elle jouit pour mener une telle enquête. L'entraide judiciaire peut également être accordée à d'autres autorités administratives dans ces circonstances* »³⁶⁶. L'article 9 dudit accord établit à son tour que l'État sollicitant l'entraide est habilité à utiliser, dans « *ses procédures judiciaires et administratives non directement liées à des enquêtes ou des actions pénales* », les preuves et informations fournies par l'État sollicité³⁶⁷. Tout cela laisse à penser que les autorités administratives chargées de la concurrence pourraient s'appuyer sur ces éléments aux fins de rechercher des informations et moyens de preuve leur permettant de conduire efficacement leurs enquêtes, quand bien même elles ne porteraient pas sur des affaires pénales.

133. En dépit des avantages qu'ils présentent, force est de constater que les traités d'entraide judiciaire sont comme les autres accords bilatéraux, et souffrent des mêmes maux. À l'instar des arrangements bilatéraux portant spécifiquement sur la concurrence, que se passera-t-il dès lors qu'un troisième pays, tiers à ces conventions, se trouvera concerné par

³⁶⁴ Articles XIII et IX du Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, opt. cit. p. 953.

³⁶⁵ Articles 3, 6 et 10 de l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, opt. cit., pp. 35, 37 et 38.

³⁶⁶ Article 8, paragraphe 1 de l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, opt. cit., p. 37.

³⁶⁷ Article 9, paragraphe 1 de l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, opt. cit., p. 38.

une affaire que les deux partenaires tentent de résoudre ? Il est certain que le déroulement des procédures peut être entravé par la nation tierce, surtout si des éléments de preuve importants sont produits sur son territoire, ou que ses autorités judiciaires et administratives détiennent des documents indispensables à l'élucidation de l'affaire. D'aucuns diraient que les conventions de La Haye constitueraient des recours potentiels, capables de pallier cette insuffisance. Effectivement, trois instruments internationaux signés dans ladite ville par plusieurs États européens et les États-Unis sont susceptibles de s'appliquer aux litiges internationaux intéressant la concurrence³⁶⁸. Il s'agit de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, de la Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires et de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale³⁶⁹. Aussi pertinentes soient-elles pour la présente analyse, ces conventions ne revêtent néanmoins pas une grande utilité en l'espèce. Selon Monsieur Ali Cenk Keskin, « *elles n'ont que très peu d'incidence sur les litiges internationaux de droit de la concurrence du fait de l'exclusion des procédures relevant du droit public ou du droit pénal de leur champ d'application* », ce qui explique d'ailleurs le nombre assez conséquent d'accords bilatéraux dans ce domaine³⁷⁰.

134. Une autre limite des traités d'entraide judiciaire a trait à leur caractère accessoire : ils demeurent avant tout des dispositions dont l'objet fondamental repose sur le droit pénal, voire de la procédure pénale ; ils ne servent qu'à faciliter les enquêtes et n'intéressent le domaine de la concurrence que lorsqu'il est question d'affaires pénales antitrust. Sachant que dans des pays ou espaces économiques comme l'Union européenne, la mise en œuvre du droit de la concurrence reste principalement administrative³⁷¹, on perçoit davantage que l'efficacité de ce genre d'instruments bilatéraux est à relativiser sérieusement.

³⁶⁸ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, opt. cit., p. 396 ; Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 263.

³⁶⁹ Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, signée le 18 mars 1970 ; Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, signée le 15 novembre 1965 et Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, signée le 1^{er} février 1971. Ces textes sont disponibles en intégralité sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé : www.hcch.net, rubrique « Conventions ».

³⁷⁰ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 263. Nous signalons que ces conventions peuvent néanmoins avoir une incidence beaucoup plus significative dans les systèmes juridiques qui ne font pas de distinction rigoureuse entre les affaires à caractère administratif et celles relevant de la matière civile, à savoir les pays de *common de law*, et en particulier les États-Unis. Selon l'OCDE, dans ce pays « *où l'on ne fait pas de distinction juridique stricte entre les affaires civiles et administratives, on considère que la Conventions de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale est également applicable à des demandes d'assistance émanant d'autorités administratives étrangères* » : OCDE, *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, opt. cit., p. 68.

³⁷¹ Benoît MERKT, opt. cit., p. 38 et 50.

Qu'en est-il maintenant de l'autre catégorie de conventions à finalité technique, à savoir les accords de coopération technique ?

135. Les accords de coopération technique désignent des arrangements bilatéraux qui, soit « visent spécialement à fournir une assistance technique sur le droit et la politique de la concurrence », soit « organisent une assistance technique de ce type dans le cadre d'une aide portant sur différentes formes de réglementation économique »³⁷². Généralement conclus entre pays développés et pays en développement, leur objectif consiste à soutenir ou inciter ces derniers, ainsi que les pays en transition, à imaginer de nouvelles dispositions textuelles pour régir la concurrence, ou bien à consolider les législations déjà existantes, en essayant de les adapter à leurs institutions, tout en conciliant la démarche avec leurs besoins de développement économique³⁷³. C'est ainsi que certains de ces dispositifs de coopération ciblent spécifiquement la fourniture d'assistance technique dans le domaine de la concurrence : tel est le cas de l'Accord entre les autorités de concurrence de l'Afrique du Sud et du Zimbabwe³⁷⁴. D'autres, comme celui signé entre la France et le Gabon en 1992, prévoient une assistance technique dans le cadre d'une aide générale concernant une variété de réglementations économiques³⁷⁵. Selon le rapport révisé du secrétariat de la CNUCED, l'autorité chargée de la concurrence en France, à savoir la Direction générale de la consommation et de la répression des fraudes (actuelle Autorité de la concurrence), et son équivalent au Gabon, la Direction générale de la consommation, ont pu coopérer, par le truchement de cet accord, dans des domaines tels que « la politique de concurrence, la protection du consommateur, la concurrence déloyale, la qualité et la sécurité des produits ainsi que le contrôle des prix »³⁷⁶. L'assistance technique a été traduite concrètement par un détachement de fonctionnaires gabonais auprès de centres dirigés par l'autorité française, afin de bénéficier d'une formation ayant d'abord trait au contrôle des prix, ensuite au droit de la concurrence³⁷⁷.

136. Ainsi, de par leur objet, les accords de coopération technique participent à l'organisation bilatérale de la concurrence. Ils peuvent aider les États qui ne disposent pas d'une véritable « culture » de concurrence à bénéficier de l'expertise des pays les plus avancés en la matière, voire même générer une convergence des législations. Mais cela ne

³⁷² CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

³⁷³ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 264.

³⁷⁴ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

³⁷⁵ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

³⁷⁶ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

³⁷⁷ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

permet pas de déduire *ipso facto* une quelconque incidence positive dans la prévention des comportements anticoncurrentiels internationaux. Car même la convergence des législations sur la concurrence ne constitue pas un gage de certitude : il suffit de regarder le nombre de tensions liées à l'application des règles de concurrence entre l'Union européenne et les États-Unis, deux entités ayant pourtant des droits de la concurrence relativement proches³⁷⁸. Avant de tirer une conclusion générale sur l'efficacité des accords à « visées techniques », intéressons-nous à la manière dont les traités à finalité commerciale ou économique contribuent, eux aussi, à l'organisation bilatérale de la concurrence.

B/ Les accords à finalité commerciale ou économique

137. Par « accord à finalité commerciale ou économique », nous entendons les traités d'amitié, de commerce et de navigation, et les accords de libre-échange. Concernant les premiers, ils ne feront pas l'objet d'un développement approfondi à cause du fait qu'ils sont tous relativement anciens³⁷⁹ et n'ont pas, par conséquent, été édictés pour prendre en compte les problèmes liés à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, source de la plupart des initiatives bilatérales intégrant la régulation de la concurrence. D'ailleurs, selon la CNUCED, ils « *ne servent pas, dans la pratique, à nouer une coopération antitrust* »³⁸⁰.

138. Cela étant, ces types d'accords sont considérés par la doctrine comme participant à l'organisation bilatérale de la concurrence³⁸¹, et méritent donc d'être évoqués à ce titre. Négociés dans un but d'établissement, de rétablissement, de maintien ou de consolidation de bonnes relations entre les États parties³⁸², les traités d'amitié, de commerce et de navigation contiennent généralement des dispositions instituant une coopération dans le domaine de l'application du droit de la concurrence, qui se traduit concrètement par l'instauration d'un mécanisme de « *consultations bilatérales entre les États signataires afin d'éliminer les effets nuisibles des pratiques commerciales restrictives qui affectent le*

³⁷⁸ V. section 2 du présent chapitre.

³⁷⁹ Ali Cenk KESKIN, *opt. cit.*, p. 260.

³⁸⁰ CNUCED, *opt. cit.*, TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

³⁸¹ C'est le cas notamment de Madame Anne CHAREYRE de BEAUMONT, *opt. cit.*, p. 592 et s. ; de Monsieur Ali Cenk KESKIN, *opt. cit.*, p. 266 et s. et de l'OCDE, *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, *opt. cit.*, p. 70.

³⁸² Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, p. 1090, in Ali Cenk KESKIN, *opt. cit.*, p. 266.

commerce entre eux »³⁸³. Les États-Unis représentent sans conteste le pays qui a le plus recouru à ce genre d'instruments de coopération : ils en font usage depuis longtemps³⁸⁴, et en ont conclu avec un nombre exhaustif de pays³⁸⁵. En guise d'illustration, celui signé avec l'Allemagne en 1954³⁸⁶ énoncent des règles en vertu desquelles les deux partenaires s'engagent à se consulter mutuellement, en présence d'une demande exprimée par l'un d'eux au sujet des pratiques commerciales restrictives qui auraient des effets néfastes sur les échanges entre leurs deux territoires, puis d'adopter, dans le cadre des limites de leurs législations respectives, des mesures propres à les éradiquer³⁸⁷. Dans le même ordre d'idées, Monsieur Ali Cenk Keskin rapporte qu'un traité similaire, conclu cette fois entre les États-Unis et le Japon en 1953, prévoit une clause de traitement national en son article XVI³⁸⁸, disposition qui a été invoquée notamment dans l'affaire *Zenith Radio Corporation* contre *Matsushita Electric Industrial Co*³⁸⁹.

139. De cette façon, les traités d'amitié, de commerce et de navigation contribuent, ou plutôt ont contribué, à l'organisation bilatérale de la concurrence. Ils ont le mérite d'avoir pris en compte, bien avant l'avènement de la mondialisation économique et les pratiques anticoncurrentielles transfrontalières qu'elle génère, que la libéralisation des échanges doit s'accompagner de mesures d'encadrement des comportements anticoncurrentiels internationaux. En revanche, leur caractère ancien et le fait qu'ils soient relativement tombés en désuétude, font d'eux des instruments bilatéraux moins pertinents pour notre étude. Contrairement aux accords bilatéraux spécifiques au droit de la concurrence, conclus à partir des années 1980, afin de combler les limites de l'approche unilatérale dans la répression des pratiques anticoncurrentielles transfrontières, en tentant de trouver, entre autres, des solutions aux tensions provoquées par l'adoption des législations de blocage³⁹⁰, il est difficile de

³⁸³ OCDE, *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, opt. cit., p. 70 ; CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

³⁸⁴ Herman Jr. WALKER, « Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *Minnesota Law Review* vol. 42, p. 393, in Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 266.

³⁸⁵ Les États-Unis ont conclu des Traités d'amitié, de commerce et de navigation avec plus d'une quarantaine de pays dont l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni, le Japon, l'Argentine, la Belgique, l'Italie, la Thaïlande, la Suisse,...etc. V. United States Department of State, A List of Treaties and other International Agreements of the United States in Force on January 1, 2012, www.state.gov/documents/organization/202293.pdf.

³⁸⁶ Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and Federal Republic of Germany, 7 U.S.T. & O.I.A. I839, 1954 TIAS N° 3593, 1954.

³⁸⁷ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9 ; Anne CHAREYRE de BEAUMONT, opt. cit., p. 593.

³⁸⁸ Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and Japan, 4 U.S.T. 2063, TIAS N° 2863, 206 UNTS 143, 1953, in Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 266-267.

³⁸⁹ *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co.*, Ltd ET AL 494 F.Supp. 1263, US District Court, ED. Pa. June 26, 1980, in Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 266-267.

³⁹⁰ Benoît MERKT, opt. cit., p. 309 et s.

soutenir que les traités d'amitié, de commerce et de navigation ont eux aussi été négociés dans une perspective de pallier les insuffisances de l'extraterritorialité, ou tout simplement pour faire face aux problèmes croissants de concurrence nés de la mondialisation des économies.

140. Si l'une des principales limites de cette composante des accords à finalité commerciale relève de son côté vétuste et relativement désuet, il en va autrement de l'autre, à savoir les accords de libre-échange, qui continuent d'être à la mode. Récemment, les États-Unis et l'Union européenne ont exprimé le désir d'en conclure un ; le projet est en cours d'étude³⁹¹.

141. Avant d'approfondir l'analyse sur ce type de dispositif, il convient de préciser d'emblée que les accords de libre-échange ne sont pas exclusivement bilatéraux. Ils impliquent souvent plusieurs États. C'est donc pour des raisons de commodité que nous avons préféré les traiter dans le cadre du présent chapitre qui porte sur l'organisation bilatérale de la concurrence ainsi que ses limites. Le choix ne procède néanmoins pas de la simple facilité rédactionnelle, dans la mesure où bon nombre de ces instruments de coopération correspondent également à des accords bilatéraux.

142. La précision étant apportée, les accords de libre-échange, connus également sous l'appellation « *accords commerciaux régionaux (ACR)* »³⁹², contiennent généralement des règles de fond et de procédure visant l'encadrement des comportements anticoncurrentiels³⁹³. En réalité, comme pour le nombre d'États signataires, le contenu de ces traités varie souvent ; leurs portées, leurs champs d'application et leurs « *degré[s] de détail* » sont sensiblement différents³⁹⁴. Ainsi, certains d'entre eux énoncent des dispositions mettant en place une obligation générale de combattre les comportements anticoncurrentiels, d'autres prévoient des règles spécifiques portant sur la concurrence, et quelques accords vont même jusqu'à imposer une harmonisation des législations et des procédures³⁹⁵. Le modèle de l'Union européenne et celui de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) permettent de rendre compte de la situation avec plus de clarté. Le premier, unique en son genre, vise un degré d'intégration élevé en matière de concurrence, d'où la création de règles

³⁹¹ *Hebdomadaire* Courrier international, N° 1165, édition du 28 février au 6 mars 2013, p. 11.

³⁹² CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

³⁹³ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p., 270 et s. ; CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

³⁹⁴ OCDE, *Relation entre les accords commerciaux régionaux et le système commercial multilatéral*, TD/TC/WP(2002)19/FINAL et OMC, *Rapport annuel 1997, v. 1, Dossier spécial : Le commerce et la politique de la concurrence*, in CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

³⁹⁵ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p., 270-271 ; CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 9.

et une autorité commune³⁹⁶. Il a bâti un système de coopération assez sophistiqué, au point que le caractère supranational de ses règles de concurrence ne se fait quasiment plus ressentir. Comme le résume brillamment Madame Michèle Rioux, le modèle européen a permis d'outrepasser la dichotomie « *national/international* », a considérablement atténué « *l'impact des particularismes nationaux en matière de concurrence* », et fait disparaître la nécessité de « *recours aux mesures compensatoires, en cas de commerce déloyal* »³⁹⁷. Quant au cas de l'ALENA, l'approche adoptée est beaucoup plus sobre³⁹⁸. Il rentre dans la catégorie des accords énonçant des engagements généraux de « *lutte contre les pratiques commerciales anticoncurrentielles* », et qui génèrent souvent une obligation d'adoption et d'application de lois sur la concurrence³⁹⁹. En sus de ces deux exemples, il existe un autre modèle qui brille par l'originalité du système de libre-échange qu'il établit, ainsi que des règles de concurrence qu'il englobe. Il s'agit de l'accord entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande⁴⁰⁰.

143. Dans les trois cas, les textes négociés poursuivent une finalité commerciale et économique mais ils comportent, chacun à sa manière, des dispositions régissant la concurrence, avec des degrés plus ou moins poussés.

144. Concernant l'exemple européen, il convient d'opérer une distinction entre la coopération qui s'effectue dans le cadre de l'Union européenne elle-même, et celle existant entre cette dernière et d'autres États. La première correspond au marché commun et son corollaire, le droit de la concurrence harmonisé, initiés depuis le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne, jusqu'à l'actuel Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. S'apparentant à un droit interne à l'instar du droit américain de la concurrence, le droit européen n'est pas comparable, en termes de sophistication et d'intégration, aux règles de concurrence habituellement insérées dans les accords de libre-échange. Il constitue un droit à part entière d'une entité juridique, laquelle entité qui conclut à son tour des accords de libre-échange avec d'autres États ou entités, en y incluant des dispositions sur la concurrence inspirées dudit droit. C'est ce deuxième volet du modèle européen de coopération qui doit le plus retenir l'attention en l'espèce.

³⁹⁶ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 22.

³⁹⁷ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 22.

³⁹⁸ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 10.

³⁹⁹ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 270-271.

⁴⁰⁰ Benoît MERK, opt. cit., p. 335-337.

145. En effet, « *soucieuses de voir respecter les principes de libre concurrence qu'elles avaient définis dès la signature du Traité de Rome, et sans doute également en raison de la difficulté à appliquer les principes du droit communautaire à des entreprises situées dans des pays tiers* », les autorités européennes vont tenter d' « *exporter* » leurs règles de concurrence auprès de leurs principaux partenaires commerciaux⁴⁰¹. Pour ce faire, elles imposent systématiquement dans les accords commerciaux qu'elles négocient l'insertion de dispositions intéressant la concurrence⁴⁰². Cela se vérifie, par exemple, dans l'Accord de Porto⁴⁰³. Signé le 2 mai 1992 entre la Communauté européenne et les pays membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE)⁴⁰⁴, il met en place l'Espace économique européen (EEE), qui constitue une « *zone de libre-échange d'un type particulier, et pas un marché commun* », selon l'expression employée par Monsieur Benoît Merkt, car « *les échanges sont libérés entre ses membres mais il n'est pas institué de frontière économique commune* »⁴⁰⁵. L'Accord reprend un certain nombre de principes et de libertés consacrés dans le cadre de l'Union européenne, dont : la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux (2^{ème} et 3^{ème} parties), et l'organisation de la concurrence (4^{ème} partie). Concernant ce dernier aspect, une répartition de compétences a été opérée entre les institutions de l'Union européenne et celles de l'AELE. Afin de prévenir d'éventuels conflits de compétences entre les deux institutions, l'Accord sur l'EEE a créé une autorité de surveillance spécifique au territoire de l'AELE, dénommée « *Autorité de surveillance AELE* », qui collabore étroitement avec la Commission européenne⁴⁰⁶. Elle est compétente dans tous les cas où seul le commerce entre États membres de l'AELE est affecté par une

⁴⁰¹ D. GRISAY, art. cit., p. 4 ; Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 172.

⁴⁰² Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 411.

⁴⁰³ Accord sur l'Espace Economique Européen, JOCE N° L 1, 3 janvier 1994, p. 3-522.

⁴⁰⁴ L'AELE a été instituée par la Convention de Stockholm du 4 janvier 1960 (disponible sur le site internet suivant : www.admin.ch/opc/fr/classifiedcompilation/196000001/201211060000/0.632.31.pdf). Elle contient un certain nombre de dispositions qui prohibent les pratiques commerciales restrictives affectant les échanges entre Etats membres, mais elles ne s'appliquent pas directement aux personnes physiques et morales. En revanche, les gouvernements des pays membres ont l'obligation d'assurer leur application (V. : OCDE, *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, opt. cit., p. 71-72). Ils ont donc tous adoptés des règles de concurrence « *identiques à celles figurant aux articles 81 et 82 du Traité de Rome et dans le règlement concentration* » : Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 411. L'AELE avait pour objectif de créer une zone de libre-échange pour les pays européens qui n'étaient pas membres de la CEE mais avec le temps, ils ont pratiquement tous rejoint la CEE. L'AELE compte actuellement 4 Etats : la Norvège, la Suisse, l'Islande et le Liechtenstein. Pour être tout à fait exact, il faut y rajouter la Communauté européenne et les 27 (28 si l'on compte la Croatie qui a adhéré au 1^{er} juillet 2013) Etats membre de l'Union européenne qui sont aussi considérés comme signataires de l'accord : www.insee.fr/fr/methodes/?page=definitions/asso-europeenne-libre-echange.htm. (consulté le 21/06/2013). Pour une étude plus approfondie, consulter l'article de Madame Ingrid DETTER de LUPIS, « Aspects institutionnels de l'Association européenne de libre-échange », *Annuaire fr. dr. Int.*, v. 6, 1960, pp. 791-800.

⁴⁰⁵ Benoît MERKT, opt. cit., p. 273.

⁴⁰⁶ Article 108 de l'Accord sur l'Espace Economique Européen, opt. cit., p. 26 ; Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 411.

entente anticoncurrentielle ou un abus de position dominante, ainsi que dans les « *cas où le chiffre d'affaire des entreprises concernées sur le territoire des États de l'AELE est égal ou supérieur à 33% de leur chiffre d'affaires sur le territoire couvert par le présent accord* »⁴⁰⁷. En revanche, la Commission européenne a compétence pour tout le reste si le commerce entre États membres de la Communauté européenne est affecté⁴⁰⁸. Dans le même ordre d'idées, les concentrations d'entreprises sont soumises à une procédure unique, fondée sur le système du « *one stop shop* » ou « *guichet unique* »⁴⁰⁹. La règle de détermination des compétences est fixée par l'article 57 de l'Accord sur l'EEE. En vertu du paragraphe 2 de ce texte, la Commission européenne a compétence pour tous les cas qui rentrent dans le champ d'application du règlement (CEE) n° 4064/89 ; l'Autorité de surveillance AELE n'est compétente que dans les cas qui échappent audit règlement et que les seuils déterminants fixés à l'annexe XIV soient atteints sur le territoire des États membres de l'AELE. Autrement dit, la Commission détient la compétence générale en la matière, et l'Autorité de surveillance AELE bénéficie d'une « *compétence résiduelle* »⁴¹⁰.

146. Pour ce qui est du contenu des règles concurrentielles de cet accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses voisins, la doctrine est unanime sur le fait qu'elles sont identiques à celles figurant aux articles 81 et 82 du Traité CE (ex articles 85 et 86 du Traité CEE et actuels articles 101 et 102 TFUE). Monsieur Dominique Brault déclare même qu'elles constituent une « *transcription* » dudit Traité et celui relatif aux aides d'État⁴¹¹. Il est vrai que la lecture des articles 53 et 54 de l'Accord sur l'EEE ne laisse subsister aucune ambiguïté quant à leur inspiration communautaire. Le premier dispose que : « *sont incompatibles avec le fonctionnement du présent accord et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les parties contractantes et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire couvert par le présent accord, [...]* ». Il s'agit effectivement d'une reprise de la disposition prohibant les ententes au sein de l'Union européenne. Le deuxième article transpose, quant à lui, le dispositif sur les abus de position dominante. L'ensemble se complète par un régime de contrôle des concentrations qui, cette fois-ci, n'a même pas

⁴⁰⁷ Article 56 de l'Accord sur l'Espace Economique Européen, opt. cit., p. 16-17.

⁴⁰⁸ Paragraphe 1, c), article 56 de l'Accord sur l'Espace Economique Européen, opt. cit., p. 16-17.

⁴⁰⁹ Benoît MERKT, opt. cit., p. 274 ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 26-27.

⁴¹⁰ Benoît MERKT, opt. cit., p. 274.

⁴¹¹ Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparé – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, opt. cit., p. 104.

nécessité une transcription des règles de la Communauté européenne, car la règle sera identique dans les deux espaces. Le contrôle se fondera sur le règlement n° 4064/89 CEE⁴¹².

147. On s'aperçoit ainsi, par le biais de cette analyse, que les accords de libre-échange passés par l'Union européenne contiennent des règles de concurrence désignant le plus souvent une transcription du droit communautaire de la concurrence. Ceci présente l'avantage de pouvoir atténuer les risques de conflits de lois générés par le principe d'extraterritorialité, et contribuer à l'enraiment des limites des solutions unilatérales dans l'encadrement des comportements anticoncurrentiels transfrontaliers. L'inconvénient consiste dans le fait que de tels accords concernaient uniquement des pays du continent européen non encore membres de l'Union européenne, afin de préparer leur adhésion à l'Organisation. L'adhésion de la majorité de ces États qui étaient, par exemple, membres de l'AELE, a pratiquement réduit à néant la « portée pratique » de l'Accord sur l'EEE⁴¹³. Par conséquent, l'intérêt des règles de concurrence insérées dans l'accord de libre-échange décroît également au regard de ce que nous essayons de mettre en exergue dans cette partie, c'est-à-dire l'organisation bilatérale de la concurrence par le truchement des accords de libre-échange. En effet, dans les relations interétatiques en matière de concurrence, l'Union européenne est considérée comme un bloc, une entité juridique à l'image d'autres entités, notamment étatiques. Et l'adhésion en son sein de pays avec lesquels elle avait négocié des accords à finalité économique règlementant en même temps la concurrence, facilite certes l'application d'un droit harmonisé à l'intérieur d'un espace économique, mais laisse subsister les interrogations qui ont conduit à douter de l'efficacité de l'application extraterritoriale des législations nationales sur la concurrence. Elles resurgiront dès lors qu'il s'agira de relations entre l'Union européenne et des pays tiers.

148. En ce qui concerne le modèle de l'ALENA, malgré une approche beaucoup moins intégrationniste, il consacre néanmoins un chapitre entier à la concurrence⁴¹⁴. Inséré sous le numéro 15 et intitulé « *Politique de concurrence, monopoles et entreprises d'État* », il institue entre les États signataires une obligation de coopération dans le contrôle des comportements anticoncurrentiels. Son article 1501 dispose que « *chacune des Parties*

⁴¹² Article 57 de l'Accord sur l'Espace Economique Européen, opt. cit., p. 17 ; Benoît MERKT, opt. cit., p. 274.

⁴¹³ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 11.

⁴¹⁴ Le texte de l'Accord est disponible en intégralité sur le site internet du Secrétariat de l'ALENA : www.nafta-sec-alena.org/fr/view.aspx?X=343. Il a été conclu le 17 décembre 1992 par le Canada, les Etats-Unis et le Mexique, et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Pour une description détaillée de son contenu, V. : Ralph H. FOLSOM, *Accord de libre-échange Nord-Américain*, Pedone, 2004 ; Ralph H. FOLSOM et Alain A. LEVASSEUR, *Pratique du droit des affaires aux Etats-Unis*, Dalloz, décembre 1994, p. 81-82.

*adoptera ou maintiendra des mesures prohibant les comportements anticoncurrentiels et exercera toute action appropriée à cet égard, reconnaissant que de telles mesures favorisent l'atteinte des objectifs du présent accord. À cette fin, les Parties se consulteront de temps à autre sur l'efficacité des mesures qu'elles auront entreprises »*⁴¹⁵. Le paragraphe 2 de l'article susmentionné énonce la reconnaissance par les États parties de l'importance de la coopération et de la coordination entre leurs autorités de concurrence afin d'assurer une mise en œuvre efficace des règles de concurrence dans la zone de libre-échange. Il précise qu'ils auront à procéder à une entraide juridique, une notification, une consultation et un échange d'informations concernant l'application des lois et des politiques de concurrence dans l'espace couvert par l'Accord de libre-échange.

149. Les autres articles qui composent ce chapitre 15 de l'ALENA ne traitent pas des pratiques anticoncurrentielles d'origine privée⁴¹⁶. Portant sur les « *monopoles et entreprises d'État* », ils s'adressent directement aux États en leur enjoignant de prendre des précautions quand ils désignent un monopole, afin de ne pas compromettre les avantages découlant de l'Accord de libre-échange, puis d'éviter les traitements discriminatoires vis-à-vis des investisseurs, produits ou fournisseurs de services d'une autre partie (articles 1502 et 1503). Ici, on semble donc privilégier l'approche indirecte pour encadrer les comportements anticoncurrentiels qui nuiraient à l'efficacité économique de l'Accord. Mais son apport, en termes de moyen de régulation de la concurrence au plan international par le biais de la coopération, n'est pas conséquent. Ceci est d'autant plus vrai que le seul article du chapitre en question qui régit les pratiques d'origine privée prévoit en son paragraphe 3 qu' « *aucune des Parties ne pourra recourir au mécanisme de règlement des différends prévu par le présent accord pour l'une quelconque des questions concernant le présent article* »⁴¹⁷. La portée du texte s'en trouve complètement anéanti, dans la mesure où l'on ne peut contraindre une partie à respecter sa mise en œuvre. Par conséquent, comme le résume Monsieur Benoît Merkt, « *l'ALENA contribue peu au développement du droit international de la concurrence, tant en ce qui concerne les règles de fond, que les règles de procédure, peu précises et non contraignantes* »⁴¹⁸. Peut-on en dire autant de l'Accord de libre-échange entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande ? Une chose est sûre : l'approche adoptée dans le cadre de cette coopération est beaucoup plus intégrationniste que celle choisie dans le cadre de l'ALENA.

⁴¹⁵ Article 1501 de l'Accord de libre-échange nord-américain, opt. cit., paragraphe 1.

⁴¹⁶ Benoît MERKT, opt. cit., p. 331.

⁴¹⁷ Article 1501 de l'Accord de libre-échange nord-américain, opt. cit., paragraphe 3.

⁴¹⁸ Benoît MERKT, opt. cit., p. 332.

150. Entamée d'abord avec un Accord moins ambitieux en termes de régulation de la concurrence, car ne prévoyant aucune procédure de consultation en la matière⁴¹⁹, la coopération entre les deux pays atteint un degré très élevé en 1988 avec la conclusion d'un deuxième accord qui intègre le droit de la concurrence dans l'Accord de libre-échange⁴²⁰. Désormais, les ententes et abus de position dominante sont prohibés sur le territoire de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande qui sont considérés comme marché unique⁴²¹. Le ressortissant néo-zélandais ou australien qui s'estime victime d'un comportement anticoncurrentiel sur ledit marché a la faculté de saisir l'une ou l'autre des deux autorités compétentes pour connaître du litige⁴²².

151. Ainsi, de par le biais de cet accord de libre-échange, les deux nations ont réussi à mettre sur pied un modèle de coopération assez original, qui leur permet de rapprocher leurs systèmes juridiques et de lutter efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles transfrontalières. Cependant, il souffre lui aussi des mêmes insuffisances que les autres accords bilatéraux évoqués auparavant, c'est-à-dire de sa nature bilatérale. N'étant pas étendu à d'autres États⁴²³, les difficultés ne manqueront pas de surgir dès lors qu'un pays tiers sera concerné par une situation anticoncurrentielle que les autorités de concurrence de la zone de libre-échange en question essayeront de réprimer. À l'heure où les économies s'interconnectent et dépendent énormément les unes des autres, il ne serait pas exagéré d'affirmer que ce genre de situations se produira souvent. Ceci ne veut pas dire non plus que les accords de libre-échange, ainsi que les accords bilatéraux de manière générale, sont dénués de toute efficacité dans la recherche d'encadrement des pratiques anticoncurrentielles internationales. Ils sont meilleurs que les solutions unilatérales, souvent sujettes à tensions lorsque les intérêts économiques sont contradictoires. Les solutions bilatérales ont le mérite de prôner la négociation et la prise en compte des intérêts de chaque État. Elles présentent donc de nombreux effets positifs. Grâce à elles, « *plusieurs cartels internationaux ont été condamnés et certaines fusions internationales ont été bloquées ou bien leurs effets anticoncurrentiels ont été réduits par des mesures correctives* »⁴²⁴. À titre d'illustration, la

⁴¹⁹ *Closer Economic Relations Trade Agreement, CER-Agreement*, ILM 22/1983, in Benoît MERKT, opt. cit., p. 335 et s.

⁴²⁰ Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 180.

⁴²¹ Section 36 du *New-Zealand commerce Act* pour la Nouvelle-Zélande et Section 46 de l'*Australian Trade practice Act* pour l'Australie : Benoît MERKT, opt. cit., p. 335 et 336.

⁴²² Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 180 ; Joanna R. SHELTON, art. cit., pp. 457-470, spéc. p. 467.

⁴²³ Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 180.

⁴²⁴ Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 9.

fusion *WordCom-Sprint* fut refusée par les États-Unis et l'Union européenne⁴²⁵, tandis que celle de *Boeing et McDonnell Douglas* fut autorisée sous certaines conditions, à cause des réserves émises par l'Union européenne⁴²⁶. En dépit de ces avantages probants, les accords bilatéraux connaissent tellement de limites qu'il ne serait pas adéquat de s'en contenter afin de faire face au défi de la mondialisation des comportements anticoncurrentiels.

Section 2 : Les limites du bilatéralisme

152. C'est un truisme de dire que les conventions bilatérales procèdent de la volonté de deux États. La volonté constitue l'essence même de toute convention : il est difficile, du moins en théorie, d'imaginer un État coopérant contre son gré. Les accords bilatéraux signés dans le domaine de la concurrence s'inscrivent dans cette logique. Leur esprit, ainsi que leur lettre, reposent essentiellement sur la simple volonté des États parties. Et cela se traduit dans la mise en œuvre des instruments juridiques. Le mécanisme de la courtoisie, qui sert de fondement aux règles de concurrence énoncées, ne fonctionne que lorsque les parties sont bien disposées à le faire⁴²⁷. Puis, il ne faut pas que cela entre en contradiction avec leurs législations et intérêts respectifs⁴²⁸. L'absence de contrainte représente donc l'une des principales limites des accords bilatéraux. D'autres limites ont trait à l'absence de règles matérielles régissant des domaines tels que les ententes à l'exportation, le cumul des compétences, ou encore la bonne circulation des informations confidentielles. Toutes ces lacunes peuvent être classées en deux groupes, l'un relatif à celles portant sur la nature des conventions bilatérales (I), l'autre englobant les limites matérielles (II).

⁴²⁵ Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 9 ; Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2000, opt. cit., paragraphe 1.2.1 Concentrations.

⁴²⁶ Préc., Commission européenne, 30 juillet 1997.

⁴²⁷ Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 9 ; Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 163.

⁴²⁸ Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 9 ; Benoît MERKT, opt. cit., p. 411-412 ; Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 163.

I - Les lacunes liées à la nature des conventions bilatérales

153. Par définition, un accord bilatéral ne lie que deux États. La couverture géographique est donc d'emblée limitée : ce qui n'est pas sans conséquence quant à l'application et la portée de l'accord. Susceptible de créer des discriminations entre États⁴²⁹, cette situation désigne surtout un frein originel à une mise en œuvre efficiente des règles de concurrence prévues dans toute convention bilatérale. Les limites géographiques représentent ainsi les premières lacunes découlant de la nature des accords bilatéraux. Elles se complètent par l'absence de valeur contraignante dans l'application des dispositions énoncées.

154. Concernant ce dernier aspect, il est une idée largement répandue en droit, faisant presque l'objet d'un consensus, et qui porte sur le rôle de la contrainte dans le respect des réglementations édictées. Pour qu'une règle soit appliquée, voire efficace, il est inéluctable d'imposer sa mise en œuvre et son respect. À défaut, les destinataires ne l'appliqueront que quand il ira de leurs intérêts personnels. C'est ce constat que l'on observe avec les accords bilatéraux intéressant la concurrence. Reposant sur la courtoisie, donc sans aucune forme de contrainte, toute la difficulté consiste dans « *l'impossibilité de transformer [cette] courtoisie en obligation sans en changer radicalement la nature* »⁴³⁰. Par conséquent, les États signataires n'appliquent les règles de coopération que lorsqu'ils y ont un avantage ; autrement, ils adoptent un comportement qui relève du patriotisme économique⁴³¹. Avant d'examiner ledit comportement, intéressons-nous d'abord aux limites de la courtoisie.

155. La courtoisie, dans sa forme traditionnelle ou passive consistant pour un État partie à un accord bilatéral à tenir compte des intérêts de l'autre État dans le traitement d'une affaire intéressant la concurrence, ne présente aucun élément contraignant. L'article VI de l'Accord CE/USA de 1991, qui contient par exemple des dispositions de cette nature, invite juste les parties à prendre en considération, dans le cadre de leurs activités de contrôle des comportements anticoncurrentiels, les intérêts importants de chaque partenaire et ce, dans la

⁴²⁹ Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 169 ; Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 416 ; Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 9.

⁴³⁰ Claude Lucas de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, opt. cit., p. 69.

⁴³¹ Anne CHAREYRE de BEAUMONT, opt. cit., p. 593-594 ; CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/21/Rev.5, p. 21.

mesure de ce qui est compatible avec leurs propres législations respectives⁴³². Une telle disposition laisse beaucoup de place à la volonté des États. Rien ne peut les obliger à coopérer, hormis l'existence d'un intérêt politique ou économique.

156. La forme active de la courtoisie, pourtant considérée comme une technique de coopération plus sophistiquée, car invitant les « *États à coopérer dans l'application des dispositions de la politique de concurrence et non plus simplement à restreindre* » l'application desdites politiques aux fins d'atténuer leurs effets extraterritoriaux⁴³³, ne permet pas non plus de dépasser la question de la volonté des États comme seul élément d'incitation à la mise en œuvre des règles de coopération. Quand bien même il y aurait une volonté réciproque de coopérer, la pratique de la courtoisie active reste néanmoins peu évidente. En effet, deux obstacles majeurs peuvent compromettre le processus : la nécessité de l'illégalité de la pratique dans le pays requis et l'interdiction d'échanger les informations confidentielles collectées dans le cadre des enquêtes⁴³⁴. La difficulté de circulation de l'information sera analysée dans la subdivision portant sur les limites substantielles des conventions bilatérales. En attendant, attardons-nous sur le critère de l'illégalité dans le pays requis.

157. Ce critère découle tout simplement de la nature de la courtoisie active. Par définition, la courtoisie active permet à un État d'adresser une requête à son partenaire afin qu'il entreprenne des mesures propres à faire cesser une situation anticoncurrentielle. Ce qui implique donc que la situation ou pratique soit illégale dans le pays requis⁴³⁵. Toutes les conventions bilatérales étudiées dans le cadre de ce chapitre énoncent un contenu similaire vis-à-vis du mécanisme de la courtoisie. Elles supposent une atteinte au droit de la concurrence du pays requis et invitent les autorités de concurrence respectives à agir en conformité avec leurs propres réglementations. La formulation de l'article V de l'Accord CE/USA de 1991, complété par l'Accord de 1998 sur la courtoisie active, ainsi que celle de l'article V de l'Accord Canada/USA de 1995, ne laissent subsister aucune ambiguïté quant à ce sujet⁴³⁶. Par conséquent, en l'absence de toute violence des lois du pays d'accueil, le

⁴³² V. : article VI de l'Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes, opt. cit., p. 47-52.

⁴³³ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 20 ; Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 77.

⁴³⁴ OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie active*, opt. cit., p. 13.

⁴³⁵ OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie active*, opt. cit., p. 13.

⁴³⁶ V. : Article V de l'Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes, opt. cit., paragraphes 1 et s. ; Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre de la courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, opt. cit., p. 28-31 ; Article V de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le

comportement incriminé ne peut être remis en cause, même si les intérêts du pays requérant sont affectés ⁴³⁷. Il est certain que des pratiques anticoncurrentielles échapperont inéluctablement à l'application de la courtoisie active. Un tel constat ne fait que renforcer la démonstration des lacunes de ce moyen de coopération et du système bilatéral de manière générale, ou du moins dans sa conception appliquée jusqu'à maintenant.

158. Outre la nécessaire illégalité dans le pays requis, l'application de la courtoisie active implique également l'existence d'une bonne dose de confiance dans l'aptitude des institutions de ce dernier à pouvoir traiter efficacement la question. En effet, comme le souligne à juste titre le Comité du droit et de la politique de concurrence de l'OCDE, le potentiel de la courtoisie active est susceptible d'être limité par la « *nécessité pour le pays requérant d'être assuré que l'autorité de la concurrence du pays requis dispose des instruments juridiques, des ressources et de l'indépendance nécessaire pour faire cesser les pratiques qu'elle constate* »⁴³⁸. La carence ne relève pas que de la pure théorie. Car, s'il peut arriver qu'un pays demande à un autre d'enquêter sur une affaire particulière alors même qu'il doute des capacités de ce dernier à apporter les remèdes idoines, il est fort probable que le pays demandeur ne décidera pas de l'ajournement ou de la suspension complète de ses propres procédures d'enquête lorsqu'il n'éprouve pas une confiance permanente dans les institutions juridiques de l'État d'accueil ainsi que dans l'indépendance de ses autorités de concurrence⁴³⁹. Le défaut d'ajournement ou de suspension desdites enquêtes réduirait considérablement les possibilités d'exploitation de certains « *avantages potentiels de la courtoisie active* »⁴⁴⁰. Dans les systèmes de coopération établis entre pays démocratiques, dotés d'une longue tradition de droit de la concurrence, les insuffisances évoquées en l'espèce pourraient demeurer uniquement en puissance, dans la mesure où les États en question disposent de standards juridiques similaires et se font facilement beaucoup plus confiance, même si cette confiance s'estompe dès lors que les enjeux économiques deviennent importants. C'est notamment le cas de l'Union européenne et des États-Unis. Mais comme il existe d'autres États très puissants, dont la Chine qui revendique officiellement un autre système politique, à savoir le communisme, il est possible de soutenir que la différence de systèmes politique et juridique ne facilite pas l'instauration d'une confiance permanente

gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, opt. cit., paragraphes 1 et s.

⁴³⁷ Frank ROMANO, opt. cit., p. 44.

OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie active*, opt. cit., p. 13.

⁴³⁹ Anne CHAREYRE de BEAUMONT, opt. cit., p. 623-624.

⁴⁴⁰ Anne CHAREYRE de BEAUMONT, opt. cit., p. 624.

réci-proque entre les différentes autorités de concurrence. À cela s'ajoute la méfiance que pourraient exprimer les pays développés envers les instruments juridiques et judiciaires des pays moins avancés économiquement. La preuve en est que, selon le Secrétariat de la CNUCED, la plupart de ces pays en développement n'ont jusqu'à présent participé à aucune coopération concernant des affaires particulières⁴⁴¹. Pourtant, ils sont loin d'être épargnés par la mondialisation des comportements anticoncurrentiels ; à l'instar des pays développés, les pays en développement aussi sont susceptibles d'être affectés par leurs effets nocifs. Pour s'en convaincre, l'hypothèse d'une pratique anticoncurrentielle sur des marchés mondiaux par nature, tels l'aéronautique ou l'internet, suffirait pour concevoir l'idée que ses effets pourraient atteindre toutes les catégories de pays. L'affaire des *Comités armatoriaux-franco-ouest-africains* constitue, par exemple, une illustration concrète d'un cas de comportement anticoncurrentiel, notamment un abus de position dominante dans le secteur du trafic maritime, affectant l'Europe et onze pays d'Afrique de l'ouest et du centre⁴⁴². D'ailleurs, ce genre de pays qui ne bénéficient pas d'accords de coopération en droit de la concurrence peuvent être perçus par certaines entreprises comme des endroits leur permettant d'élaborer des décisions anticoncurrentielles, tout en échappant aux sanctions des pays potentielles victimes. À titre d'exemple, de « nombreux cartels internationaux découverts ces dernières années par les organismes fédéraux des États-Unis ont tenu leurs réunions dans d'autres pays pour tenter de se soustraire aux poursuites pénales pour entente des autorités en question »⁴⁴³.

159. En conclusion, le manque de confiance représente une limite bien réelle, susceptible d'atténuer les éventuels effets positifs découlant de la courtoisie active. Le constat se renforce quand on découvre que même les partenaires commerciaux et politiques les plus proches ont parfois du mal à se faire confiance, chacun soupçonnant l'autre de privilégier ses intérêts et ses entreprises au détriment des autres. Certes, le non-respect de la courtoisie active ne relève pas uniquement du défaut de confiance dans les autorités de concurrence étrangères.

⁴⁴¹ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 22.

⁴⁴² CNUCED, « Cas de pratiques commerciales restrictives ayant des effets dans plus d'un pays, notamment dans des pays en développement, et conclusions générales concernant les questions qu'ils soulèvent », TD/RBP/CONF.4/6, in CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 22-23.

⁴⁴³ CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 23.

Elle est surtout « minée par la coexistence avec l'extraterritorialité »⁴⁴⁴, et devient inadaptée dès lors que des intérêts politiques et économiques majeurs sont en jeu⁴⁴⁵.

160. La divergence d'intérêts étatiques désigne donc l'autre raison de l'inapplication de la courtoisie active et, par conséquent, de la coopération bilatérale. Les différends commerciaux survenus entre les États-Unis et l'Union européenne témoignent clairement de cette réalité. Les cas d'illustration régulièrement mis en exergue sont bien évidemment la célèbre affaire *Boeing/McDonnell Douglas*⁴⁴⁶, l'affaire *General Electric/Honeywell*⁴⁴⁷, ou encore l'affaire *Upjohn/Pharmacia*⁴⁴⁸. Les deux premières ayant déjà fait l'objet d'une étude dans le précédent chapitre, nous ne revenons donc pas de nouveau sur les faits de manière très approfondie. Ce qui importe en l'espèce, ce sont les tensions qu'elles ont suscitées, ainsi que l'échec de la courtoisie qu'elles reflètent. Manquant de saisir l'opportunité de mettre en œuvre réellement la courtoisie active et prouver, par la même occasion, que la concurrence internationale pouvait être régulée grâce à ce type de dispositif, les parties ont tout de suite ressorti leurs attitudes protectionnistes, en pensant d'abord à leurs entreprises respectives plutôt qu'à l'organisation de la concurrence de manière objective. Certes, l'opération de fusion entre *Boeing* et *McDonnell Douglas* est intervenue en 1997, soit avant la conclusion de l'Accord supplémentaire sur la mise en œuvre de la courtoisie active, mais deux années après l'entrée en application de l'Accord principal de coopération entre les États-Unis et l'Union européenne. Les deux partenaires disposaient bien d'un instrument de coopération dont ils avaient fait fi. Les intérêts économiques prirent ainsi le dessus. Les titres de journaux de l'époque témoignèrent nettement de cette situation⁴⁴⁹. L'autorité américaine de la concurrence avait avalisé la fusion de manière un peu précoce, sans se coordonner avec son homologue européen⁴⁵⁰, donc sans réellement prendre en compte les intérêts européens, contrairement aux dispositions sur la courtoisie négative figurant à l'article VI de l'Accord de 1991. De son côté, la Commission européenne n'avait pas non plus cherché à faire appliquer l'article V

⁴⁴⁴ Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 23.

⁴⁴⁵ D. GRISAY, art. cit., p. 7 ; Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 9.

⁴⁴⁶ Préc., Commission européenne, 30 juillet 1997, p. 16 ; Frank ROMANO, « La fusion Boeing/MDD et l'Accord conclu entre l'UE et les USA sur l'application de leurs lois antitrust », art. cit., pp. 509-520.

⁴⁴⁷ Préc., Commission européenne, 3 juillet 2001, p. 1 ; Frank ROMANO, « GE/Honeywell, Victoire de la Commission...ou échec ? », art. cit., pp. 368-393.

⁴⁴⁸ Préc., Commission européenne, 28 septembre 1995, p. 9.

⁴⁴⁹ V. par exemple : PIERSON, « Une fusion pour tuer Airbus », Journal *Le Monde* du 14 juillet 1997, in Markus PALLEK, art. cit., p. 126.

⁴⁵⁰ Markus PALLEK, art. cit., p. 126 ; Frank ROMANO, « La fusion Boeing/MDD et l'Accord conclu entre l'UE et les USA sur l'application de leurs lois antitrust », art. cit., p. 517-518.

dudit accord relatif à la courtoisie active, en demandant par exemple, à la « *FTC de prendre des mesures appropriées à l'encontre de Boeing* »⁴⁵¹. En conséquence, les deux autorités aboutirent à des décisions totalement opposées. Selon Monsieur Frank Romano, elles n'ont pas réussi à parvenir à « *un accord sur l'effet de la fusion au niveau de la concurrence* »⁴⁵². Cela a généré de vives réactions politiques, conduisant les commentateurs à employer des expressions telles qu'une « *guerre commerciale transatlantique* »⁴⁵³. Après quelques négociations, l'Union européenne a fini par accepter la fusion avec beaucoup de réserves⁴⁵⁴. Les raisons de cet échec de coopération auraient peut-être pu s'expliquer par le caractère incomplet ou trop vague des dispositions de courtoisie insérées dans l'Accord CE/USA de 1991, s'il n'y avait pas eu l'affaire *General Electric/Honeywell*. Similaire au cas qui vient d'être évoqué car portant elle aussi sur une question de fusion susceptible de produire des effets sur la concurrence dans les deux côtés de l'Atlantique. La différence résulte du fait que cette affaire est beaucoup plus récente. Autrement dit, le projet de concentration a démarré après que l'Union européenne et les États-Unis aient essayé de tirer les leçons de leurs difficultés de coopération en matière de concurrence, en adoptant un accord exclusif visant à renforcer la mise en œuvre de la courtoisie active. On comprend alors que le véritable problème ne consiste pas en l'absence d'instruments de coopération, mais plutôt dans la divergence d'intérêts économiques et d'approches de politique de concurrence. Cela est d'autant plus flagrant que, cette fois-ci, chacun a campé sur ses positions. En effet, alors que la fusion entre *General Electric* et *Honeywell*, deux entreprises américaines, avait fait l'objet d'une approbation en amont de la part du Département américain de la Justice⁴⁵⁵, elle s'est en revanche heurtée à un refus catégorique de la Commission européenne⁴⁵⁶. Ce refus sera confirmé par le Tribunal de Première instance, même si le raisonnement de la Commission a été sanctionné sur certains points⁴⁵⁷. Une telle position généra, dès l'annonce de l'interdiction

⁴⁵¹ Frank ROMANO, « La fusion Boeing/MDD et l'Accord conclu entre l'UE et les USA sur l'application de leurs lois antitrust », art. cit., p. 517.

⁴⁵² Frank ROMANO, « La fusion Boeing/MDD et l'Accord conclu entre l'UE et les USA sur l'application de leurs lois antitrust », art. cit., p. 516.

⁴⁵³ Cette expression est employée par Monsieur Markus PALLEK, art. cit., p. 126. D'autres personnes comme Monsieur Frank ROMANO, parlent d'« *imbroglio politique* » : Frank ROMANO, opt. cit., p. 72 et s.

⁴⁵⁴ Préc., Commission européenne, 30 juillet 1997, Considérants 114 et s. ; Catherine PRIETO, art. cit., p. 24.

⁴⁵⁵ Department of Justice, *Justice Department Requires Divestitures in Merger Between General Electric and Honeywell*, may 2, 2001, p. 1, www.justice.gov/atr/public/press_releases/2001/8140.pdf ; Catherine PRIETO, art. cit., p. 24 ; Frank ROMANO, « GE/Honeywell, Victoire de la Commission...ou échec ? », art. cit., p. 368.

⁴⁵⁶ Préc., Commission européenne, 3 juillet 2001, Considérants 341 et 458.

⁴⁵⁷ TPICE, 14 décembre 2005, aff. T-209/01 et 210/01, *Honeywell/Commission et GE/Commission*, Communiqué de Presse n° 109/05, www.curia.europa.eu/fr/actu/communiqués/cp05/aff/cp050109fr.pdf.

de la fusion par l'autorité européenne, des « *réactions outragées* » du côté des États-Unis⁴⁵⁸. En dépit des tentatives de recherche de points de convergence, il était difficile de ne pas imputer ces décisions contradictoires à une divergence de fond entre les politiques américaine et européenne de concurrence⁴⁵⁹. Ce qui fait dire à un haut fonctionnaire du Ministère américain de la justice que « *la coopération ne permet pas à elle seule d'atténuer certaines différences notables entre les régimes antitrust, différences dont il faudra s'occuper si l'on veut maintenir l'intégrité de l'action antitrust à l'échelle mondiale* »⁴⁶⁰. La coopération bilatérale demeure donc limitée. Elle ne constitue aucunement une garantie contre la survenance de décisions contradictoires lorsque les intérêts politiques ou économiques sont divergents.

161. Pour terminer avec cette étude des cas d'illustration des divergences d'intérêts, nous précisons que, dans l'affaire *Upjohn/Pharmacia*, le projet de fusion a été autorisé en premier lieu, cette fois-ci, par la Commission européenne⁴⁶¹, mais s'est trouvé confronté au scepticisme des autorités américaines⁴⁶². Elles ont fini par approuver l'opération, sous la condition que la société fusionnée se sépare de certains de ses avoirs⁴⁶³.

162. Toutes ces illustrations démontrent que l'absence de valeur contraignante dans l'application des conventions bilatérales constitue une limite indéniable. Elle se dédouble d'une limite géographique : les accords bilatéraux étant, par nature, une affaire de deux États, il est évident que leurs effets se limitent aux territoires desdits États. D'aucuns en ont tiré l'interprétation selon laquelle une telle situation générerait des discriminations vis-à-vis d'autres nations⁴⁶⁴. Effectivement, un déséquilibre dans les rapports de coopération pourrait bien survenir en cas de pratiques anticoncurrentielles affectant plusieurs États, dont certains sont liés par une convention bilatérale intéressant la concurrence. Les autorités des pays qui ne bénéficient pas de ce genre d'accord seraient moins bien loties que leurs autres homologues dans leurs démarches d'enquêtes visant les pratiques en question. Étant donné

⁴⁵⁸ Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 24 ; Markus PALLEK, art. cit., p. 126 ; Laurence BOY, art. cit., p. 415.

⁴⁵⁹ Anne CHAREYRE de BEAUMONT, opt. cit., p. 627-628 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 24.

⁴⁶⁰ C. JAMES, « International Antitrust in the 21st century : Cooperation and Convergence », Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, 17 octobre 2001, in Anne CHAREYRE de BEAUMONT, opt. cit., p. 627-628.

⁴⁶¹ Préc., Commission européenne, 28 septembre 1995, p. 9.

⁴⁶² CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF.5/4, p. 15-16.

⁴⁶³ FTC Settlement in *Upjohn/Pharmacia Merger to Preserve Competition for Colorectal Cancer Drug*, communiqué de presse n° 951 0140, 27 octobre 1995, in Anne CHAREYRE de BEAUMONT, opt. cit., p. 627 ; CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF.5/4, p. 15-16.

⁴⁶⁴ Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 268 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'écllosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 169.

qu'il serait quasi inconcevable de voir tous les États de la planète négocier respectivement des accords bilatéraux pour l'application de leurs règles de concurrence, le risque de discrimination paraît donc bien réel. L'argument est d'autant plus défendable quand on constate que, jusqu'à présent, les conventions signées en ce domaine sont le fait de pays développés⁴⁶⁵. Les pays en développement ne sont presque pas concernés⁴⁶⁶. Autrement dit, la coopération bilatérale, telle qu'organisée jusqu'à nos jours, a été l'œuvre de « *pays économiquement interdépendants qui avaient une expérience similaire dans l'application du droit de la concurrence* » ou de « *pays qui partageaient les mêmes idées dans le domaine de la politique de concurrence* »⁴⁶⁷. *Grosso modo*, celle qui a permis l'adoption d'accords pertinents en termes de communication de renseignements et de courtoisie active correspond à la coopération instaurée entre l'Union européenne et les États-Unis, et étendue à quelques-uns de leurs « *partenaires économiques privilégiés* »⁴⁶⁸. Cela démontre que le bilatéralisme ne constitue pas un instrument à la portée de tous les États. Il est réservé aux nations les plus puissantes dotées d'un droit de la concurrence bien rodé, et disposant d'un pouvoir de négociation très persuasif, ce qui fait défaut à bon nombre de pays sur cette planète⁴⁶⁹. Par conséquent, le bilatéralisme ne saurait représenter la voie la plus pertinente pour prendre en compte tous les défis posés par la mondialisation des comportements anticoncurrentiels. L'inadéquation se manifeste encore plus à travers toutes les lacunes substantielles dont souffrent les diverses conventions bilatérales en la matière.

II - Les limites substantielles

163. Une lecture attentive du contenu des accords bilatéraux conclus dans le domaine de la concurrence donne l'impression que les États ont juste tenté de mettre en place des mécanismes de coopération sobre, rien de sophistiqué. Les dispositions matérielles spécifiques à certaines branches clés de la matière y sont très limitées, voire tout simplement inexistantes. Leur absence est tellement remarquée, au point de se poser la question de savoir si les conventions bilatérales en cause avaient réellement un objectif de diminution des effets

⁴⁶⁵ CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF.5/4, p. 1.

⁴⁶⁶ CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF.5/4, p. 1.

⁴⁶⁷ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/3, p. 17.

⁴⁶⁸ Habib KAZZI, opt. cit., p. 408.

⁴⁶⁹ Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 9.

de l'application extraterritoriale des règles nationales de concurrence, comme le prétendaient la plupart d'entre elles. Car, comment imaginer poursuivre un tel dessein sans adopter de dispositions qui encadrent les sujets souvent sources de difficulté ? La circulation de l'information, ainsi que le contrôle des ententes à l'exportation, représentent des éléments conduisant fréquemment l'État victime à étendre sa législation au-delà de ses frontières et de prendre, en conséquence, le risque d'empiéter sur la compétence d'un autre État. Malheureusement, le bilatéralisme, tel qu'institué jusqu'à présent, est axé sur le contrôle des opérations de concentration et la circulation de renseignements non confidentiels. Quand bien même il permettrait de prendre en compte d'autres comportements anticoncurrentiels, il exclut clairement les ententes à l'exportation et la communication des informations confidentielles⁴⁷⁰. Il s'agit là de lacunes considérables qui font nécessairement coexister l'unilatéralisme et le bilatéralisme. À notre sens, la coopération bilatérale ne comble pas les limites de l'extraterritorialité, puisqu'elle n'a pas su trouver les solutions idoines aux principales difficultés qui entravaient son efficacité. Les blocages liés à l'échange d'informations confidentielles et l'exemption des ententes à l'exportation faisaient notamment partie de ces difficultés.

164. D'abord à propos de la circulation de l'information, les différentes conventions bilatérales analysées jusqu'ici prévoient des dispositions organisant l'échange de renseignements dans les limites des lois respectives des parties. Les plus sophistiquées en la matière, comme l'Accord Canada/USA de 1995 qui énonce en son article III qu'il est dans l'intérêt commun des parties « *d'échanger des renseignements qui faciliteront la mise en application efficace de leurs lois sur la concurrence et les aideront à mieux comprendre les politiques et les activités de mise en application de l'autre Partie* », prend le soin de détailler les modalités de réalisation concrète de cette circulation de l'information mais l'assortit, néanmoins, de la condition de respect des lois respectives des deux États⁴⁷¹. C'est ainsi que le paragraphe 3 de l'article susmentionné dispose que les autorités chargées de la concurrence aux États-Unis et au Canada « *vont, dans la mesure où les lois, les politiques de mise en application et autres intérêts importants de [chacune des parties] le leur permettent, (a) aider, sur demande, les autorités responsables de la concurrence de l'autre Partie à trouver et à obtenir des éléments de preuve et des témoins, et à assurer l'exécution volontaire des*

⁴⁷⁰ Habib KAZZI, opt. cit., p. 410-415 ; OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie positive*, opt. cit., p. 13-14.

⁴⁷¹ Article III de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, opt. cit., paragraphe 1 et s.

demandes de renseignements sur le territoire de la Partie requise ; (b) renseigner les autorités responsables de la concurrence de l'autre Partie sur les activités de mise en application qui se rapportent à un comportement qui peut également avoir des effets négatifs sur le territoire de l'autre Partie, [...] »⁴⁷². On retrouve, en substance, un contenu similaire au niveau de l'Accord CE/USA de 1991⁴⁷³. Il est clair que conclure un accord bilatéral dans lequel on édicte des règles dont l'application ne doit pas aller à l'encontre des législations respectives des deux parties signataires, présente une certaine cohérence d'un point de vue juridique. Le problème résulte du fait qu'avant de procéder à la conclusion de tel type d'accords, la plupart des États parties avaient déjà adopté des lois de blocage qui, à l'instar de la loi française ou britannique, interdisent la communication de renseignements à des autorités étrangères⁴⁷⁴. Même s'il convient de reconnaître que les lois de blocage ont évolué avec le temps, certains États ayant assoupli leur position en acceptant que leurs autorités chargées de la concurrence passent des accords avec celles d'autres pays étrangers⁴⁷⁵, il serait exagéré de conclure à une disparition complète de leurs effets négatifs sur la circulation des renseignements nécessaires au traitement des affaires relatives à la concurrence. En sus de ce constat, une autre difficulté subsiste. Elle a trait à la disposition que l'on retrouve quasiment dans toutes les conventions bilatérales sur l'application du droit de la concurrence, et qui interdit expressément la communication des informations confidentielles. Souvent insérée dans des articles intitulés « Caractère confidentiel des renseignements » ou « Confidentialité et utilisation des informations », on la recense notamment au niveau de l'article VIII de l'Accord CE/USA de 1991, l'article X de l'Accord Canada/USA de 1995, l'article X de l'Accord CE/Canada de 1999 et l'article 9 de l'Accord CE/Japon de 2003⁴⁷⁶. Elle se résume, en substance, d'abord à une énonciation de l'absence d'obligation pour une partie à l'accord bilatéral de communiquer des renseignements à l'autre partie lorsqu'une telle communication est prohibée par ses lois ou est incompatible avec ses intérêts importants. Ensuite, la

⁴⁷² Article III de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, opt. cit., paragraphe 3.

⁴⁷³ V. article III de l'Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes, opt. cit., paragraphe 1 et s.

⁴⁷⁴ Cf. B/, Sous-section I, Section 2, Chapitre 1 du présent ouvrage.

⁴⁷⁵ Habib KAZZI, opt. cit., p. 410.

⁴⁷⁶ Article VIII de l'Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes, opt. cit., paragraphes 1 et 2 ; Article X de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, opt. cit., paragraphes 1-3 ; Article X de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada, opt. cit., paragraphes 1 et 2 et Article 9 de l'Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon, opt. cit., paragraphes 1-5.

disposition en question se décline en un engagement de protéger les informations contre d'éventuelles divulgations par des tiers non autorisés.

165. En somme, les accords bilatéraux sur la concurrence contiennent des dispositions qui empêchent la communication des informations confidentielles. Et cela désigne une lacune matérielle non négligeable, car ce genre d'informations constituent souvent des renseignements importants, voire parfois indispensables à l'élucidation de certaines affaires. Par exemple, une stratégie industrielle ou commerciale d'une entreprise implantée dans un État donné peut être revendiquée comme relevant de la catégorie des informations confidentielles et sortir, de ce fait, de la liste de renseignements à communiquer aux autorités de concurrence d'un autre État qui mène une enquête sur une situation anticoncurrentielle intéressant l'entreprise en question, quand bien même de tels renseignements seraient décisifs pour l'issue de la procédure. La doctrine est unanime sur le sujet. Elle considère, sans conteste, l'impossible circulation de l'information comme l'une des principales lacunes matérielles entamant profondément l'efficacité des accords bilatéraux dans l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles internationales⁴⁷⁷. Le constat est également partagé par la Commission européenne qui fait remarquer dans son rapport sur la mise en œuvre de l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis que « *l'efficacité de la coopération dans la lutte contre les ententes est sérieusement entravée par l'impossibilité pour les deux autorités concernées d'échanger des informations confidentielles* »⁴⁷⁸. Toutefois, l'impossibilité de communiquer les renseignements confidentiels n'est pas absolue : il existe des cas dans lesquels la communication pourrait bien avoir lieu. Mais elle est assortie d'une condition trop aléatoire qui rend son efficacité très relative. En effet, les conventions bilatérales pour l'application des règles de concurrence prévoient souvent la faculté d'échanger des données confidentielles si leur titulaire donne son consentement. Et il arrive que les principaux concernés jouent le jeu et autorisent les autorités de l'État dont ils ressortent à communiquer leurs données à des autorités étrangères. Bien évidemment, ils le font quand ils y ont un intérêt⁴⁷⁹. Cela permet, malgré tout, de mener certaines enquêtes

⁴⁷⁷ C'est notamment le cas de Mesdames Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 466 ; Emmanuelle CLAUDEL, in Patrick DAILLER, Gérard de LA PRADELLE et Habib GHERARI (dir.), opt. cit., p. 416 ; de Messieurs Benoît MERKT, opt. cit., p. 412 ; Markus PALLEK, art. cit., p. 123 ; Frank ROMANO, « Les Accords bilatéraux de coopération en matière d'application des règles de concurrence », art. cit., p. 92 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 410 et s.

⁴⁷⁸ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, opt. cit., paragraphe 2.2.

⁴⁷⁹ Habib KAZZI, opt. cit., p. 411.

jusqu'au bout. La coopération euro-américaine fournit des illustrations en la matière : dans l'affaire *Microsoft*, les entreprises concernées ont choisi de renoncer à leur droit à la confidentialité et accepté que des « *informations confidentielles soient examinées par les deux autorités de concurrence afin de faciliter la procédure de coopération* »⁴⁸⁰. En revanche, tout le monde s'accorde à dire que la renonciation à la confidentialité ne peut être que l'exception, et non la règle, pour la simple et bonne raison que les sociétés ne privilégient que leurs intérêts, qu'elles ne prendraient donc pas de décisions qui leur sont défavorables, mais surtout que le consentement ne sera certainement pas donné « *lorsqu'il serait probablement le plus nécessaire* »⁴⁸¹. À notre sens, cette situation génère un élément beaucoup plus inquiétant. Elle risque, sinon d'inverser les pouvoirs, du moins d'en conférer une part conséquente aux entreprises qui sont censées être concernées par la procédure engagée. Les autorités de concurrence tomberaient dans la position inconfortable qui les oblige à négocier avec les sociétés qu'elles souhaitent contrôler ou condamner, afin que ces dernières acceptent de renoncer à leur droit à la confidentialité. L'habitude de négociation systématique que les autorités européenne et américaine ont prise depuis l'affaire *Microsoft*⁴⁸² démontre ainsi une sorte de dépendance de la bonne marche de la coopération vis-à-vis des sociétés concernées par les affaires anticoncurrentielles. Les solutions ponctuelles apportées ne suffisent pas à masquer le véritable frein qu'elle constitue à l'efficacité de la coopération bilatérale entre ces deux partenaires. D'ailleurs, les Américains l'ont compris très rapidement et ont adopté, le 2 novembre 1994, l'*International Antitrust Enforcement Assistance Act* (IAEAA)⁴⁸³ afin de combler cette lacune⁴⁸⁴. Cette loi habilite, sous certaines conditions, la FTC et le DOJ à négocier et signer des accords de coopération permettant l'échange d'informations confidentielles⁴⁸⁵. Malheureusement, les résultats escomptés ne seront pas au rendez-vous car l'une des conditions exigée par le texte, à savoir la réciprocité dans les niveaux de protection des données échangées, pose souvent problème⁴⁸⁶. En effet, si un léger changement a pu s'observer dans la méthode américaine de conclusion d'accords bilatéraux après l'intervention

⁴⁸⁰ D. GRISAY, art. cit., p. 6.

⁴⁸¹ Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 466-467 ; Selon la CNUCED, aucune entreprise n'a jusqu'à présent, accepté de donner son consentement pour « *des enquêtes sur les ententes* » : CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 20.

⁴⁸² Markus PALLEK, art. cit., p. 128 ; Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, opt. cit., paragraphe 2.1.

⁴⁸³ *International Antitrust Enforcement Assistance Act*, 15 U.S.C. §§ 6201-6212, Pub. L. N° 103-438, Stat. 4597.

⁴⁸⁴ Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 467 ; Markus PALLEK, art. cit., p. 114 ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 49.

⁴⁸⁵ Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 166 ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 50.

⁴⁸⁶ Markus PALLEK, art. cit., p. 114 et 123-124 ; CNUCED, opt. cit., TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5, p. 20-21.

d'un tel dispositif⁴⁸⁷, force est de reconnaître que celui-ci est loin d'être révolutionnaire. En guise de preuve, l'Accord sur la mise en œuvre de la courtoisie active, conclu avec l'Union européenne en 1998⁴⁸⁸, n'a pas institué cette faculté d'échanger les données confidentielles. Cela s'explique par une absence de réciprocité, due à une disparité entre les « *standards de protection des données aux États-Unis* » et ceux de l'Union européenne⁴⁸⁹.

166. En ce qui concerne la limite liée à la non-prise en compte des ententes à l'exportation, elle repose sur le critère nécessaire à la mise en œuvre de la courtoisie active. Comme expliqué auparavant, l'application de la courtoisie active requiert que la pratique en cause soit illégale dans le pays requis. Or, les ententes à l'exportation, qui ne produisent souvent pas d'effets négatifs dans le pays au sein duquel elles s'opèrent, mais plutôt dans le pays où se trouve le marché visé, ont tendance à être tolérées par les autorités de l'État où la décision anticoncurrentielle a été prise⁴⁹⁰. Elles représentent ainsi la « *principale catégorie de pratiques anticoncurrentielles à être exclue du champ d'application de la courtoisie active* »⁴⁹¹. Aussi important soit-il, ce constat aurait pu juste s'analyser comme une lacune non négligeable si le contrôle des concentrations, une autre branche principale du droit de la concurrence, était suffisamment prévu par les diverses conventions bilatérales en la matière. Mais quand on sait que bon nombre d'accords, tels le Supplément de 1998 à l'Accord CE/USA de 1991, ne s'appliquent pas aux concentrations⁴⁹², on perçoit alors toute l'ampleur de la pauvreté du contenu de ces dispositifs. Comment réguler la concurrence sans appréhender toutes ces questions essentielles ? L'insuffisance des dispositions matérielles, combinée à leurs limites géographiques, dénuent les accords bilatéraux de toute efficacité. Ils sont loin de constituer une solution optimale aux problèmes de concurrence sur le plan international. Le bilatéralisme ne saurait, en conséquence, représenter la voie la plus

⁴⁸⁷ Nous pensons notamment à l'Accord passé en 1995 avec le Canada. Il autorise l'échange d'informations confidentielles, sous certaines réserves. Cf. article III de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, opt. cit. paragraphes 1-3 ; Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 168.

⁴⁸⁸ V. Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, opt. cit. p. 28-31.

⁴⁸⁹ Markus PALLEK, art. cit., p. 123-123 ; Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2000, opt. cit., paragraphe 2.2.

⁴⁹⁰ Cf. A/, Sous-section II, Section 2, Chapitre 1 du présent ouvrage ; OCDE, *Obstacles aux échanges et à la concurrence*, opt. cit., p. 21.

⁴⁹¹ OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie positive*, opt. cit., p. 13-14.

⁴⁹² Habib KAZZI, opt. cit., p. 414-415.

pertinente pour affronter le défi de la mondialisation des comportements anticoncurrentiels. Il doit se muer en un multilatéralisme raisonnable.

CONCLUSION DU TITRE 1

167. Dès les premiers signes d'une internationalisation des comportements anticoncurrentiels, les États ont de suite tenté d'apporter des solutions. Ceux qui avaient les moyens juridiques et politiques les plus puissants ont procédé par une exportation de leurs législations nationales sur la concurrence. Se fondant sur des théories élaborées par leurs propres autorités, Américains et Européens vont exceller en la matière, les premiers s'appuyant sur la théorie de l'effet, et les seconds préférant mettre l'accent sur la théorie de l'unité économique. Confrontée aux difficultés liées à l'obligation de respecter la souveraineté des autres États, en particulier le respect de l'exclusivité de la compétence d'exécution, la technique de l'extraterritorialité sera minée davantage par l'adoption expresse de législations visant à limiter ses effets. Afin de surmonter les blocages et d'appréhender les situations anticoncurrentielles, la voie de la coopération devenait plus que nécessaire. Plusieurs accords bilatéraux furent donc adoptés. Mais dépourvus de toute valeur contraignante et axés essentiellement sur la courtoisie active, ils n'atteindront pas l'objectif escompté. Loin d'avoir éradiqué les difficultés générées par l'extraterritorialité, à savoir les conflits de compétence ou encore l'exemption des ententes à l'exportation, ces accords s'avèrent très décevants en termes de circulation de l'information confidentielle. Ils ont cependant le mérite d'avoir concrétisé, d'abord l'idée de coopération dans le domaine de la concurrence, ensuite de faciliter l'échange de renseignements non confidentiels, et puis d'avoir permis la réalisation de la coopération dans le traitement de certaines affaires. Le bilatéralisme permet, en outre, aux États de réaliser que la coopération constitue la voie la plus efficace pour sanctionner les comportements anticoncurrentiels transfrontaliers. Il est juste insuffisant, parce que l'interdépendance des économies et l'ouverture des marchés nationaux à la concurrence font que les situations anticoncurrentielles affectent plus facilement plusieurs États à la fois que par le passé⁴⁹³. Les accords bilatéraux ne peuvent donc à eux seuls former l'unique élément de la coopération internationale. Ils doivent se greffer ou se diluer dans une approche multilatérale⁴⁹⁴. Et, en matière de multilatéralisme portant sur des thèmes intéressant le commerce international ou les échanges mondiaux, le cadre de l'OMC s'impose de lui-même.

⁴⁹³ Nicolas LIGNEUL, *opt. cit.*, p. 158.

⁴⁹⁴ Selon Madame Michèle RIOUX, « *la coopération internationale en matière de concurrence nécessite que les accords bilatéraux et régionaux soient complétés par une approche multilatérale* » : Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », *art. cit.*, p. 24.

Sa pertinence, ainsi que sa capacité à prendre en charge les questions, dépendront ensuite de son dispositif juridique et de son pouvoir de sanction.

TITRE 2 : L'EXISTENCE D'UN DROIT DE LA CONCURRENCE AU SEIN DE L'OMC

168. L'échec des solutions unilatérales et bilatérales dans la répression des pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale prouve la nécessité de se tourner vers une approche multilatérale. L'OMC est connue et reconnue comme un instrument de multilatéralisme qui fonctionne plutôt bien, mais cela ne suffit pas à justifier la pertinence de son cadre pour traiter de ces questions.

169. La démonstration d'un droit de la concurrence au sein de cette organisation désigne un moyen rigoureux pour répondre à la question de son aptitude à prendre en charge efficacement les problèmes de concurrence nés de la mondialisation des économies. Loin d'être purement théorique, elle pourrait constituer un élément de réponse au plan pratique, car c'est sur l'inexistence d'un corps de règles cohérentes que certains auteurs s'appuient pour écarter la pertinence du cadre de l'OMC⁴⁹⁵.

170. L'OMC dispose en son sein de règles concurrentielles et d'un organe de règlement des différends, chargé de l'application de celles-ci ainsi que des autres règles contenues dans les textes de l'institution. Mais cela est-il suffisant pour déduire l'existence d'un droit de la concurrence ? La recherche d'une réponse pertinente à cette question passe inéluctablement par une étude de l'ensemble des règles et principes de concurrence incorporés dans les piliers et divers accords de l'OMC (chapitre 1^{er}) et un examen de leur application par l'ORD (chapitre 2).

⁴⁹⁵ C'est notamment le cas de Monsieur Frank ROMANO, *opt. cit.*, p. 21-22 et 165 et s.

CHAPITRE 1 : LA PRÉSENCE D'UN ENSEMBLE DE RÈGLES DE CONCURRENCE HÉTÉROGÈNES

171. L'absence dans le droit de l'OMC d'un accord multilatéral sur la concurrence peut, de prime abord, être perçue comme une non-prise en compte de cette matière par l'OMC. Pourtant, la concurrence a toujours été présente au sein de cette organisation et ce, depuis l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1947. En effet, l'un des objectifs de cette institution était d'« *assurer une concurrence loyale entre les nations* »⁴⁹⁶. Selon Monsieur Habib Gherari, « *l'égalisation des conditions de la concurrence* » constituait « *une préoccupation majeure du GATT* »⁴⁹⁷.

172. Les textes du GATT, de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) forment les trois piliers de l'OMC. Ils contiennent un certain nombre de principes qui sont repris dans la quasi-totalité des accords négociés et adoptés dans l'enceinte de l'organisation. Visant la suppression des obstacles aux marchés ouverts à la concurrence⁴⁹⁸, ces principes reposent sur une règle fondamentale qui est l'interdiction des discriminations. Ils se déclinent en principes de « *traitement de la nation la plus favorisée* », de « *traitement national* » et de « *transparence* ». Leur lien avec la concurrence réside dans le fait qu'ils participent à la recherche d'une égalisation des conditions de concurrence et d'une certaine protection des marchés.

173. Outre ces principes, les textes de l'OMC contiennent des règles matérielles spécifiques à la concurrence. C'est le cas, par exemple, de l'article XVII du GATT, des articles VIII et IX de l'AGCS, des articles 8, paragraphe 2, 31 et 40, paragraphe 1 de l'Accord sur les ADPIC, des articles VII et suivants de l'Accord sur les marchés publics, etc.

174. À côté des textes qui font explicitement référence à la concurrence, d'autres règles peuvent-elles être interprétées comme étant des règles concurrentielles ? La réponse à cette question passe par une définition des règles concurrentielles.

⁴⁹⁶ Lamy Droit Economique 2013, n° 773, p. 248.

⁴⁹⁷ Habib GHERARI, « L'influence de l'Organisation mondiale du commerce sur le droit de la concurrence (à travers le cas des Etats-Unis et du Mexique), in Guy CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 253 ; OMC, *Rapport annuel 1997, Dossier spécial : Le commerce et la politique de la concurrence*, p. 36-107. V. également : Michel RAINELLI, art. cit., pp. 57-66, spéc. p. 60.

⁴⁹⁸ Frank ROMANO, opt. cit., p. 19.

175. Les règles concurrentielles sont des règles juridiques de concurrence. La règle de droit désigne « *toute norme juridiquement obligatoire, quels que soient sa source, son degré de généralité, sa portée* »⁴⁹⁹. Et la concurrence consiste en une « *compétition économique ; offre par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle* »⁵⁰⁰. Pour qu'une règle soit considérée comme étant une règle de concurrence, il faut qu'elle présente les critères d'une règle de droit et qu'elle régit la concurrence telle que définie en l'espèce.

176. L'ensemble des règles de concurrence forme le droit de la concurrence. C'est ce qui est soutenu dans l'ouvrage de Messieurs Mainguy, Respaud et Depincé. Il y est notamment développé que « *techniquement, le droit de la concurrence est constitué de l'ensemble des règles juridiques de concurrence, lesquelles sont donc différentes des règles de concurrence qui sont elles-mêmes l'ensemble des techniques de marketing, de publicité, de coopération interentreprises, de procédures de passation de marché ou de contrats, etc.* »⁵⁰¹. Si l'on suit leur raisonnement, il suffit de démontrer l'existence de règles juridiques de concurrence pour déduire l'existence d'un droit de la concurrence au sein de l'OMC.

177. Si la démonstration de l'incidence concurrentielle des règles faisant explicitement référence à la concurrence ne pose aucune difficulté (section 2), il en va autrement des principes de l'OMC (section 1).

Section 1 : Des principes de l'OMC à incidence concurrentielle

178. Les principes de l'OMC reposent sur deux règles fondamentales, à savoir l'interdiction des discriminations et la préservation de la transparence. La non-discrimination se décline en deux principes : le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national⁵⁰². Avant de rechercher un lien entre la concurrence et les règles exprimées par ces principes, il faut évoquer d'abord la similarité des concepts servant de support aux principes de l'OMC avec ceux utilisés en droit de la concurrence. En effet, les notions de

⁴⁹⁹ Gérard CORNU, opt. cit., p. 880.

⁵⁰⁰ Gérard CORNU, opt. cit., p.225.

⁵⁰¹ Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, *Droit de la concurrence*, Litec, avril 2010, p. 1.

⁵⁰² OMC, *Rapport (2002) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 9 déc. 2002, WT/WGTCP/6, p. 8.

« discriminations » et de « transparence » désignent également des notions importantes du droit de la concurrence. Elles sont notamment présentes en droit français et européen de la concurrence. Dans le cadre de ce droit, un chapitre entier est consacré aux règles de transparence. Il s'agit du Chapitre I du Titre IV du Livre IV du Code de commerce concernant la transparence tarifaire. Quant à la « discrimination », elle était utilisée pour prohiber certains comportements nuisibles à la concurrence que l'on qualifiait de pratiques discriminatoires⁵⁰³. Ce n'est qu'en 2008 que les dispositions relatives aux pratiques discriminatoires ont été abrogées par une loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

179. Les termes de « discrimination » et de « transparence » représentent ainsi des notions de concurrence. La discrimination est définie en droit de la concurrence comme étant « *le fait de traiter différemment deux opérateurs se présentant de manière identique ou, inversement, identiquement, deux opérateurs se présentant de manière différente* »⁵⁰⁴. Et la transparence consiste en une accessibilité des informations relatives à un marché⁵⁰⁵.

180. La similarité des concepts utilisés dans les principes fondamentaux de l'OMC avec les notions du droit de la concurrence constitue un premier élément reflétant le caractère concurrentiel de ces principes. Il existe un deuxième élément beaucoup plus pertinent ; il s'agit du contenu de ces principes et du sens attribué aux concepts de droit de la concurrence qui y figurent.

181. Concernant le sens à attribuer aux notions du droit de la concurrence, notamment la non-discrimination et la transparence, utilisées dans les principes fondamentaux de l'OMC, il est à noter que le GATT est le premier texte à avoir consacré ces principes et que l'un des objectifs majeurs du GATT était d'assurer une concurrence loyale entre les nations⁵⁰⁶. Il n'existe donc aucune ambiguïté concernant le sens des notions en question. La transparence et la non-discrimination doivent être comprises au sens du droit de la concurrence car les « législateurs » du GATT voulaient exprimer des principes de concurrence. Outre ces raisons, il est un autre argument qui peut contribuer à la démonstration du lien existant entre la concurrence et les principes de l'OMC.

⁵⁰³ Anciennes dispositions du Chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce avant leur abrogation par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

⁵⁰⁴ Daniel MAINGUY (dir.), *opt. cit.*, p. 138.

⁵⁰⁵ Gérard CORNU, *opt. cit.*, p.931-932.

⁵⁰⁶ Lamy Droit Economique, *opt. cit.*, n° 773, p. 248.

182. En effet, le principe de non-discrimination composé de la clause de la nation la plus favorisée et du principe de traitement national, est considéré par ailleurs comme étant un des principes fondamentaux du libre-échange⁵⁰⁷. Le libre-échange désigne un « *système économique dans lequel aucun obstacle douanier, fiscal ou réglementaire ne vient freiner les échanges commerciaux entre États* »⁵⁰⁸ ; autrement dit, l'absence de politique protectionniste⁵⁰⁹. Il repose sur un élément essentiel qui est la concurrence : une libéralisation des échanges n'est réalisable que dans la mesure où l'on supprime tous les obstacles pouvant entraver le commerce et en permettant aux différents acteurs de se livrer une concurrence loyale. Ceci n'a pas échappé aux États membres de l'OMC qui ont adopté un dispositif fondé sur les principes de traitement de la nation la plus favorisée, de traitement national et de transparence et limitant les restrictions possibles aux seuls droits de douane⁵¹⁰.

183. Ces principes de libre-échange sont donc avant tout des principes de droit de la concurrence. Il faut reconnaître que ces deux éléments entretiennent des liens d'interdépendance, en ce sens que la concurrence exerce une influence sur l'existence d'un système de libre-échange et inversement, « *le droit de la concurrence ne se conçoit que dans une économie de marché (ou libérale) par opposition à l'économie dirigée (ou administrée)* »⁵¹¹.

184. En ce qui concerne le caractère concurrentiel du contenu des principes de traitement national, de traitement de la nation la plus favorisée et de transparence, selon Monsieur Claude Champaud, « *d'une façon générale, les caractères d'un droit sont liés à son objet, c'est-à-dire à la finalité économique ou sociale que servent ses règles et ses techniques* » ; et l'objet du droit de la concurrence consiste en la compétition économique⁵¹². Appuyée sur cette idée, la théorie de l'existence d'un droit de la concurrence au sein de l'OMC commencerait à être valable en partie s'il était démontré que les principes fondamentaux de cette institution avaient pour objet la concurrence ou compétition économique.

185. Nous avons déjà évoqué que ces principes portent sur une interdiction des discriminations et une préservation de la transparence, et que ces deux éléments constituent

⁵⁰⁷ Patricia ROSIAK, opt. cit., p.97-98.

⁵⁰⁸ LAROUSSE, *Le grand Larousse illustré*, opt. cit., p. 664.

⁵⁰⁹ Pascal LOROT (dir.), *Dictionnaire de la mondialisation*, ellipses, 2002, p. 281.

⁵¹⁰ Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 775, p.249 ; article XI du GATT.

⁵¹¹ Valérie PIRONON, opt. cit., p.16.

⁵¹² Claude CHAMPAUD art. cit., n° 6-7.

également des principes de droit de la concurrence. Il reste à démontrer les obligations qu'ils génèrent. Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée contiennent une obligation d'assurer une égalité des possibilités de concurrence⁵¹³. La transparence est le corollaire de l'absence de discrimination⁵¹⁴. Elle traduit un certain nombre d'obligations de publication des réglementations pertinentes et de notifications de mesures prises par les États membres de l'OMC.

186. Afin de démontrer davantage les incidences concurrentielles du contenu des principes en question, les deux premières subdivisions seront consacrées à l'étude de la non-discrimination, c'est-à-dire les principes de traitement national (I) et de la nation la plus favorisée (II). La dernière subdivision sera dédiée à l'analyse du principe de transparence (III).

I - Le principe du traitement national

187. Le principe du traitement national consiste en une égalité de traitement entre les produits nationaux et les produits importés. L'idée est de considérer les produits importés comme des produits nationaux, de n'effectuer aucune discrimination en fonction de l'origine et de faire en sorte que les conditions de concurrence soient égales entre tous les produits semblables⁵¹⁵.

188. L'égalité de traitement ne se limite pas aux produits. Elle s'étend aux services et fournisseurs de services et aux ressortissants des pays membres de l'OMC en ce qui se rattache aux droits de la propriété intellectuelle. L'objet de ce principe consiste ainsi à exiger qu'un « *Membre de l'OMC ne fasse pas subir aux marchandises, aux services ou aux personnes des autres Membres de l'OMC un désavantage compétitif par rapport à ses propres marchandises, services ou ressortissants* »⁵¹⁶.

⁵¹³ OMC, *Les principes fondamentaux de l'OMC : le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence*, 14 avril 1999, WT/WGTCP/W/114, p.8-9 et 15 ; Pierre-Alain GOURION, Georges PEYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, *Droit du commerce international*, L.G.D.I., coll. Systèmes, mars 2008, p.54 et 56.

⁵¹⁴ Pierre-Alain GOURION, Georges PEYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, *opt. cit.*, p. 59.

⁵¹⁵ Pierre-Alain GOURION, Georges PEYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, *opt. cit.*, p. 56 ; Zalmāi HAQUANI et Philippe SAUNIER, *Droit international de l'économie*, ellipses, 2^{ème} éd., septembre 2007, p. 35.

⁵¹⁶ OMC, *opt. cit.*, WT/WGTCP/W/114, p. 4.

189. Il est à noter que l'objet et la portée du principe du traitement national diffèrent dans les trois principaux Accords de l'OMC : - dans le cadre du GATT, il a pour but d'empêcher l'utilisation des mesures intérieures annulant ou compromettant l'effet des concessions tarifaires et des autres règles relatives aux mesures à la frontière⁵¹⁷ ; - dans l'AGCS, l'approche retenue ne consiste pas à faire du traitement national un principe d'application générale mais plutôt à assurer la garantie de son application dès lors qu'un engagement spécifique est contracté et inscrit dans les listes nationales qui font partie de l'Accord⁵¹⁸ - et concernant la propriété intellectuelle, le traitement national constitue « *traditionnellement la pierre angulaire du droit international public en la matière* »⁵¹⁹. En dépit de ces différences, il subsiste toujours une caractéristique commune, à savoir la lutte contre les formes de discriminations découlant des législations nationales destinées à protéger les produits, services ou ressortissants.

190. L'objet du principe du traitement national étant analysé, qu'en est-il de son régime juridique (A), de son contenu (B) et de la portée des éventuelles exceptions à son application (C) ?

A/ Le régime du traitement national

191. Le principe du traitement national a d'abord été consacré dans le GATT avant d'être repris dans les deux autres piliers de l'OMC. Énoncé par l'article III de ce texte intitulé « *Traitement national en matière d'impositions et de réglementation intérieures* », il était destiné au commerce de marchandises. Il a été étendu par la suite aux services avec l'adoption de l'AGCS et à la propriété intellectuelle avec l'Accord sur les ADPIC. Couvrant désormais tous les secteurs commerciaux relevant de la compétence de l'OMC, le principe du traitement national régirait presque le commerce dans son intégralité car au niveau interne, comme au niveau international, l'activité commerciale porte, en général, soit sur des produits, soit sur des services ou des droits de propriété intellectuelle.

192. L'existence d'un tel dispositif relatif à la lutte contre les discriminations qui faussent le jeu de la concurrence constitue un élément non négligeable dans la recherche

⁵¹⁷ OMC, opt. cit., WT/WGTC/W/114, p. 4.

⁵¹⁸ OMC, opt. cit., WT/WGTC/W/114, p. 5.

⁵¹⁹ OMC, opt. cit., WT/WGTC/W/114, p. 5.

d'une présence de règles pouvant former un droit de la concurrence au sein de l'OMC ; d'autant plus qu'il est repris dans la quasi-totalité des accords multilatéraux et plurilatéraux négociés et adoptés dans l'enceinte de cette organisation.

193. Une présentation détaillée des textes relatifs au principe du traitement national et la précision de son champ d'application est donc nécessaire.

a) Les textes relatifs au principe du traitement national

194. Le traitement national est présent à tous les niveaux dans la hiérarchie des normes de l'OMC. Dans cette hiérarchie, on distingue les accords multilatéraux des accords plurilatéraux. Les premiers forment « *un bloc indissociable car les États membres ne peuvent être partie à l'accord OMC sans l'être "ipso facto" aux accords commerciaux* » ; tandis que les derniers ne sont contraignants que pour les membres qui les ont acceptés⁵²⁰. Et, en cas de conflit entre une disposition de l'accord OMC et une disposition des accords plurilatéraux, la priorité est accordée à l'Accord général⁵²¹. L'article XVI.3 de l'Accord OMC ajoute qu' « *en cas de conflit entre une disposition du présent accord et une disposition de l'un des Accords commerciaux multilatéraux, la disposition du présent accord prévaudra dans la limite du conflit* ».

195. Cette précision étant ainsi faite, le principe du traitement national figure d'abord dans les trois principaux accords de l'OMC, notamment à l'article III du GATT, l'article XVII de l'AGCS et l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC.

196. Le paragraphe premier de l'article III du GATT pose le cadre en consacrant l'adhésion des États membres à la règle selon laquelle les taxes et autres impositions, les lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur et les réglementations quantitatives intérieures prescrivant le mélange, la transformation ou l'utilisation en quantités ou en proportions déterminées de certains produits ne doivent pas être appliqués aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale. Les paragraphes 2 et 4 traduisent l'égalité de traitement et interdisent les discriminations. Le premier dispose que

⁵²⁰ Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 101.

⁵²¹ Virgile PACE, *L'Organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, L'Harmattan, 2000, p. 40.

« les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires ». Le dernier prévoit 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 ».*

197. L'article XVII de l'AGCS étend le principe du traitement national aux services et fournisseurs de services en définissant les conditions de l'égalité de traitement et en précisant son champ d'application. Le paragraphe 1 consacre le cadre général du principe en imposant un traitement non moins favorable, le paragraphe 2 explique en quoi consiste un traitement non moins favorable et le paragraphe 3 précise le cas dans lequel les conditions prévues dans le paragraphe 2 ne suffisent pas pour satisfaire à l'obligation de traitement non moins favorable. Ainsi, le premier de ces textes dispose que *« dans les secteurs inscrits dans sa Liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires ».* Le paragraphe 2 précise qu'un État membre de l'OMC peut s'acquitter de cette obligation en accordant aux services et fournisseurs de services de tout autre État membre soit un traitement formellement identique à celui qu'il accorde à ses propres services similaires et ses fournisseurs de services similaires, soit un traitement formellement différent. Et le paragraphe 3 prévoit que le traitement formellement identique ou formellement différent est considéré comme étant moins favorable dès lors qu'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services de l'État membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre État membre.

198. Comme pour les services, les membres de l'OMC ont profité de l'adoption de l'Accord sur les ADPIC pour élargir le principe du traitement national aux droits de propriété intellectuelle. Consacré par le paragraphe premier de l'article 3 de ce texte, le principe est énoncé ainsi : *« chaque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un*

traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, sous réserve des exceptions déjà prévues dans, respectivement, la Convention de Paris (1967), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome ou le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés ». Le paragraphe 2 fixe les modalités des exceptions autorisées par le paragraphe 1 en imposant une condition de nécessité pour assurer le respect des lois et réglementations qui ne doivent pas être incompatibles avec les dispositions de l'ADPIC et interdit une application de ces exceptions de façon à constituer une restriction déguisée au commerce.

199. Outre ces trois accords principaux, le principe du traitement national figure également dans d'autres accords multilatéraux, notamment à l'article 2 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), l'article 2.1 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC), l'article 2.3 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et à l'article III de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics.

200. Ainsi, les textes incorporant le principe du traitement national sont nombreux et variés. Ceci témoigne de son rang de principe général et contribue à la démonstration de l'existence d'un principe concurrentiel de portée générale. L'étude de son champ d'application permettra de mieux développer cette idée.

b) Le champ d'application du principe du traitement national

201. Il est question ici des bénéficiaires du principe du traitement national et des types de mesures auxquels il s'applique.

1°) Les bénéficiaires du principe

202. L'observation des trois principaux accords de l'OMC permet de dégager trois types de bénéficiaires : « *les produits des autres Membres* », « *les services et fournisseurs de services des autres Membres* » et « *les ressortissants des autres Membres* ».

203. Dans le cadre du GATT, ce sont les produits qui doivent bénéficier du traitement national et non les personnes. C'est ce qui ressort de l'article III de ce texte et de quelques décisions rendues par des groupes spéciaux constitués dans le cadre de l'Organe de règlement des différends⁵²². Par exemple, dans l'affaire *Canada – Administration de l'investissement étranger*, le groupe spécial a déclaré qu'« *il est sans intérêt de juger comment les investisseurs étrangers sont touchés par les prescriptions en matière d'achat, étant donné que les obligations énoncées à l'article III de l'Accord général en ce qui concerne le traitement national ne s'appliquent pas aux personnes ou sociétés étrangères, mais aux produits importés* »⁵²³. Néanmoins, il a été noté par ailleurs que l'applicabilité de l'article III ne peut être déniée sous le prétexte que les mesures nationales en question ne s'appliquent qu'aux personnes et non aux produits car le facteur déterminant la soumission d'une personne à ces mesures repose sur la source des produits incriminés, c'est-à-dire produits d'origine nationale ou produits importés⁵²⁴.

204. Concernant le commerce des services, les bénéficiaires du principe du traitement national sont à la fois les services et les fournisseurs de services des autres États membres de l'OMC. Mais l'article XVII de l'AGCS subordonne le bénéfice effectif de celui-ci à l'inscription d'un engagement spécifique d'accorder le traitement national dans la liste nationale pertinente ainsi qu'aux conditions et restrictions qui y sont indiquées.

205. Dans l'ADPIC, les bénéficiaires du traitement national sont, en vertu de l'article 3, les ressortissants des autres États membres de l'OMC. On entend par ressortissants des autres Membres, les personnes physiques ou morales qui rempliraient les critères requis pour bénéficier d'une protection prévus dans la Convention de Paris (1967), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome et le Traité sur la propriété intellectuelle des circuits intégrés, si tous les membres de l'OMC étaient membres de ces conventions⁵²⁵.

206. Il est à noter que les dispositions du GATT et de l'AGCS relatives aux bénéficiaires du principe du traitement national ne sont applicables qu'aux produits ou services importés ou aux entreprises étrangères fournissant des services sur le marché

⁵²² L'Organe de règlement des différends sera l'objet du prochain chapitre.

⁵²³ *Canada – Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, IBDD, S30/147, L/5504, rapport adopté le 7 février 1984, paragraphe 6.5.

⁵²⁴ *Etats-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, IBDD, S36/386, L/6439, rapport adopté le 7 novembre 1989, paragraphe 5.10.

⁵²⁵ Article premier, paragraphe 3 de l'Accord sur les ADPIC.

intérieur, « *elles ne s'appliquent pas au traitement des marchandises ou des services destinés à l'approvisionnement des marchés étrangers par voie d'exportation* »⁵²⁶.

207. Ainsi, on s'aperçoit que l'un des éléments du principe d'interdiction des discriminations concerne les mêmes bénéficiaires que les droits nationaux de la concurrence, à savoir les produits ou services en concurrence ou les commerçants en concurrence. Qu'en est-il des différents types de mesures soumis au principe du traitement national ?

2°) Les types de mesures soumis au principe du traitement national

208. Parmi les aspects du champ d'application du principe du traitement national, les types de mesures constituent l'élément qui permet de ressortir davantage le caractère concurrentiel de ce principe. En effet, l'importance du nombre de mesures concernées témoigne du souci de maintenir l'égalité de traitement et d'assurer les conditions d'une concurrence loyale.

209. Énoncés dans les articles III du GATT, XVII de l'AGCS et 4 de l'Accord sur ADPIC, les types de mesures soumis au principe du traitement national sont toutes les lois, tous les règlements ou toutes les prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation sur le marché intérieur de produits d'origine nationale, « *toutes les mesures affectant la fourniture de services* » et « *la protection de la propriété intellectuelle* ». Leur caractère concurrentiel s'observe dans leur champ d'application. Par exemple, une décision du groupe spécial chargé d'examiner l'affaire portant sur les « *mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles* » souligne que l'article III du GATT ne doit pas se limiter aux mesures régissant directement les conditions d'achat et de vente. Elle estime au contraire que l'article vise « *toutes lois et tous règlements qui pourraient altérer, sur le marché intérieur, les conditions de la concurrence entre le produit d'origine nationale et le produit d'importation* »⁵²⁷.

210. Si l'étude du régime juridique du principe du traitement national a permis de mettre en évidence des éléments pouvant soutenir la théorie d'une incidence concurrentielle

⁵²⁶ OMC, opt. cit., WT/WGTC/W/114, p. 6.

⁵²⁷ *Italie – Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, IBDD, S7/64, L/833, rapport du 15 juillet 1958 (adopté le 23 octobre 1958), paragraphe 12.

des principes fondamentaux de l'OMC, l'examen du contenu de celui-ci contribue davantage à cette œuvre de démonstration.

B/ Le contenu du principe du traitement national

211. Le principe du traitement national est exprimé sous la forme d'un critère⁵²⁸ du « *traitement non moins favorable* ». Ce libellé utilisé à l'article III : 4 du GATT a été repris à l'identique à l'article XVII de l'AGCS et à l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC. Dans la note d'information du Secrétariat de l'OMC adressée au groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, datée du 14 avril 1999, le critère du traitement non moins favorable est interprété comme étant une obligation d'assurer l'égalité des possibilités de concurrence⁵²⁹. Dans certains textes, par exemple l'AGCS, une interprétation n'est pas nécessaire en ce sens que l'obligation est clairement identifiée.

212. Les Membres de l'OMC peuvent s'acquitter de cette obligation en accordant un « *traitement formellement identique ou formellement différent* » à la condition que celui-ci ne modifie pas les conditions de concurrence. Ce deuxième aspect du contenu du principe du traitement national sera examiné après l'étude du premier.

a) L'égalité des possibilités de concurrence

213. L'égalité des possibilités de concurrence repose à la fois sur la lettre et l'esprit des textes régissant le principe du traitement national. Comme nous l'avons déjà évoqué, le traitement national ainsi que les deux autres principes fondamentaux de l'OMC, ont d'abord été consacrés par le GATT avant d'être repris par les deux autres accords principaux, et l'un des objectifs majeurs du GATT était d'assurer les conditions d'une concurrence loyale entre les nations. Ceci s'est traduit dans la formulation des principes. L'expression « *traitement non moins favorable* » évoque une certaine neutralité, un traitement égal.

⁵²⁸ Cette notion est utilisée par les rédacteurs de la note d'information du Secrétariat de l'OMC du 14 avril 1999, OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W114, p.8. Il y est notamment mentionné qu'il y a eu « *une décision délibérée de préférer le critère du traitement non moins favorable aux critères de la "même protection" ou des "mêmes droits" que l'on trouve dans les principales conventions internationales préexistantes relatives à la propriété intellectuelle* ».

⁵²⁹ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W114, p. 8-9.

214. Dans le cas de l'AGCS, c'est la lettre du paragraphe 3 de l'article XVII qui indique que le critère du traitement non moins favorable constitue un traitement destiné à assurer des conditions de concurrence. Il dispose qu'un « *traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre Membre* ».

215. Dans le cadre du GATT et de l'Accord sur les ADPIC, l'admission de l'égalité des possibilités de concurrence comme étant l'obligation générée par le critère du traitement non moins favorable relève d'une interprétation prenant en compte la lettre et l'esprit des textes. Ainsi, l'article III : 4 du GATT, prévoyant le critère du traitement national, a été interprété comme exigeant l'égalité des possibilités de concurrence entre les produits d'origine nationale et les produits importés et interdisant les mesures susceptibles d'avoir un « *effet défavorable sur les conditions de concurrence sur le marché intérieur que connaissent les produits importés par rapport aux produits d'origine nationale* »⁵³⁰. Et des groupes spéciaux se sont prononcés dans le sens de cette interprétation, notamment dans l'affaire *Italie – Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*⁵³¹ et l'affaire *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*⁵³². Dans la première, il a été considéré que l'article III : 4 du GATT concernait toutes les lois et tous les règlements qui pourraient altérer, sur le marché intérieur, les conditions de la concurrence entre le produit d'origine nationale et le produit d'importation et que « *l'intention des rédacteurs de l'Accord général était manifestement que les produits importés, une fois dédouanés, soient traités de la même façon que les produits similaires d'origine nationale* ». La deuxième décision retient que « *la raison d'être* » de l'article III du texte précité est de « *protéger le rapport compétitif que les parties contractantes s'attendent à voir maintenir entre leurs produits et ceux des autres parties* ».

216. Cette interprétation du critère du traitement national figurant dans le GATT peut s'appliquer à celui de l'Accord sur les ADPIC car on a repris le même libellé pour l'adaptation du principe du traitement national aux droits de propriété intellectuelle.

⁵³⁰ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 9.

⁵³¹ *Italie – Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, IBDD, 7S/64, L/833, rapport du 15 juillet 1958 (adopté le 23 octobre 1958), paragraphes 11-13.

⁵³² *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, IBDD, S34/154, L/6175, rapport adopté le 17 juin 1987, paragraphe 5.2.2.

217. Les rédacteurs des textes sur le critère du traitement national ne se contentent pas de consacrer uniquement le principe, ils l'expliquent aussi en annonçant les cas de traitement possibles. Pour ce faire, ils utilisent les termes « traitement formellement identique ou formellement différent ». C'est ce que nous allons étudier dans les développements qui suivent.

b) Les prescriptions juridiques formellement identiques ou formellement différentes

218. Ce deuxième aspect du contenu du principe du traitement national permet de distinguer les prescriptions juridiques qui concourent à l'égalité des possibilités de concurrence de celles qui la compromettent. Il constitue sans doute l'élément essentiel ou l'un des arguments le plus pertinents pour démontrer l'idée selon laquelle le principe du traitement national désigne, avant tout, un principe de droit de la concurrence. En effet, le critère qui permet de considérer que tel traitement accorde ou n'accorde pas « *un traitement non moins favorable* » repose sur l'existence des conditions de concurrence. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article XVII de l'AGCS dispose qu'un État membre peut satisfaire à l'obligation de traitement non moins favorable en accordant aux services et fournisseurs de services de tout autre État membre soit un traitement formellement identique à celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires, soit un traitement formellement différent. Mais le paragraphe 3 dudit article prévoit qu'un « *traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre Membre* ». Ainsi, il n'existe pas d'obligation d'édicter des textes juridiques qui s'appliquent de la même façon aux produits d'origine nationale et aux produits importés mais plutôt d'assurer aux derniers un traitement non moins favorable. Le but est de maintenir l'égalité effective des possibilités de concurrence entre les deux types de produits.

219. Cependant, d'aucuns pensent que la formulation utilisée en l'espèce suppose que « *l'égalité effective des possibilités de concurrence doit être offerte et doit être considérée comme un critère minimal* ». C'est le cas des rédacteurs de la note d'information du

Secrétariat de l'OMC en date du 14 avril 1999⁵³³ que nous avons déjà citée. Ils fondent leur argumentation sur le fait que les États membres sont libres d'accorder un traitement plus favorable aux produits importés s'ils le désirent et sur la jurisprudence établie dans le cadre du GATT, notamment l'affaire *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930*⁵³⁴. Selon eux, il ressort de cette jurisprudence que, d'une part, l'existence de prescriptions juridiques formellement différentes n'est pas, en soi, déterminante pour prouver la violation du critère du traitement non moins favorable et que, d'autre part, l'existence de prescriptions juridiques formellement identiques ne suffit pas, en soi, pour démontrer l'accomplissement de l'obligation d'assurer le respect de ce critère.⁵³⁵ Il est vrai que l'égalité effective est difficile à atteindre. Mais cette relativité de l'effectivité doit être nuancée. Elle ne doit pas être interprétée comme vidant le texte de son contenu. Nous rappelons que l'objet consiste à assurer les conditions de concurrence et qu'en matière de commerce international, ce sont les produits importés et les services ou fournisseurs de services étrangers qui sont en général victimes d'une rupture du jeu de la concurrence sur le marché intérieur d'un État dont ils ne sont pas originaires et ce, à cause de l'existence de mesures discriminatoires qui leur accordent un traitement moins favorable. Il suffit de consulter la jurisprudence de l'ORD pour s'en rendre compte. Les affaires *Italie – Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*⁵³⁶, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*⁵³⁷, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*⁵³⁸ ainsi que d'autres, illustrent parfaitement cette jurisprudence.

220. L'hypothèse inverse est très rare. Il n'est pas courant de voir des États accorder un traitement plus favorable aux produits importés, aux services ou fournisseurs de services et aux ressortissants étrangers que celui qu'ils accordent à leurs propres produits, services ou fournisseurs de services et ressortissants.

221. Le traitement national, ainsi décrit, souffre néanmoins d'un certain nombre d'exceptions. Celles-ci ont-elles une influence sur la portée de l'obligation d'assurer les

⁵³³ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 10.

⁵³⁴ *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, IBDD, S36/386, L/6439, rapport adopté le 7 novembre 1989, paragraphes 5.11.

⁵³⁵ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 10 ; *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, paragraphe 5.11, IBDD, S36/386, L/6439, rapport adopté le 7 novembre 1989.

⁵³⁶ *Italie – Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, IBDD, S7/64, L/833, rapport du 15 juillet 1958 (adopté le 23 octobre 1958).

⁵³⁷ *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du 31 mars 1998 (adopté le 22 avril 1998).

⁵³⁸ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 1^{er} novembre 1996.

possibilités de concurrence ? La réponse à cette question sera l'objet de la subdivision suivante.

C/ Les exceptions au principe du traitement national

222. L'existence dans le GATT, l'AGCS et l'Accord sur les ADPIC, d'exceptions assez importantes au principe du traitement national, peut donner l'impression que la portée des obligations découlant de celui-ci est limitée. D'aucuns affirment même l'idée en vertu des raisons selon lesquelles la prescription relative au traitement national figurant dans le GATT ne vise que les mesures « intérieures » et la prescription correspondante de l'AGCS dépend des engagements spécifiques pris par l'État membre concerné et consignés dans sa liste⁵³⁹.

223. Mais si on observe l'architecture des accords multilatéraux en question, particulièrement le GATT et l'AGCS, on s'aperçoit qu'ils contiennent tous un article entier consacré aux exceptions générales fondées sur des nécessités de protection de la moralité publique ou le maintien de l'ordre public, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, et de la nécessité d'assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de ces accords (articles XX du GATT et XIV de l'AGCS). Les exceptions générales admises pour des raisons liées à la sécurité font l'objet d'un autre article en ce qui concerne le GATT (article XXI) ; dans l'AGCS, ces exceptions figurent dans le même article que les premières.

224. Et dans la formulation des textes précités, la réserve suivante a été émise : « *Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures...* »⁵⁴⁰. Les exceptions générales ainsi exposées sont donc soumises à l'obligation de ne pas appliquer les mesures qui en relèvent de façon à constituer soit un

⁵³⁹ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p.12.

⁵⁴⁰ Articles XIV de l'AGCS et XX du GATT.

moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, soit une restriction déguisée au commerce international⁵⁴¹.

225. Le principe du traitement national étant un des éléments fondamentaux du principe général d'interdiction des discriminations, il échappe alors à l'application de ces exceptions générales. Par conséquent, la portée des obligations qui en découlent, notamment l'égalité des possibilités de concurrence, n'est pas limitée ou pas assez pour anéantir cette obligation.

226. Le fait d'assujettir les exceptions relatives au principe du traitement national au respect de la non-discrimination témoigne de la dimension concurrentielle attribuée à ce principe. Afin de mieux appréhender cet aspect concurrentiel, il convient d'étudier le deuxième élément de la non-discrimination, en l'occurrence le principe de la nation la plus favorisée.

II - Le principe du traitement de la nation la plus favorisée

227. Appelé également clause de la nation la plus favorisée, ce principe vient compléter le traitement national afin de garantir les conditions d'une concurrence loyale entre États membres de l'OMC. Ils forment tous les deux le principe fondamental de non-discrimination dont l'incidence concurrentielle a pu être démontrée en partie grâce à l'étude du premier principe, c'est-à-dire le traitement national. L'analyse du second poursuit aussi cet objectif.

228. Le principe du traitement de la nation la plus favorisée consiste à imposer à chaque pays membre de l'OMC qui accorde un avantage commercial à un autre membre, d'étendre cet avantage à l'ensemble des pays membres de l'institution⁵⁴². De par leur accession à l'OMC, les États sont soumis à ce principe et chacun s'engage à faire profiter aux autres du « régime le plus favorable qu'il accorde aux produits similaires de tel ou tel État, en raison d'un accord bilatéral ou multilatéral limité »⁵⁴³.

⁵⁴¹ OMC, opt. cit., WT/WGTC/W/114, p. 12.

⁵⁴² Patricia ROSIAK, opt. cit., p.98 ; Zalmai HAQUANI et Philippe SAUNIER, opt. cit., p. 35.

⁵⁴³ Pierre-Alain GOURION, Georges PEYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, opt. cit., p. 54.

229. Comme les autres principes fondamentaux de l'OMC, la clause de la nation la plus favorisée est régie par plusieurs textes (A), l'obligation essentielle qu'elle traduit présente des visées concurrentielles (B) et son application est confrontée à un certain nombre d'exceptions (C).

A/ Le régime du traitement de la nation la plus favorisée

230. À l'instar du principe du traitement national, la clause de la nation la plus favorisée a d'abord été prévue pour le commerce des marchandises ; elle sera étendue par la suite au commerce des services et aux droits de la propriété intellectuelle grâce à l'avènement de l'AGCS et de l'Accord sur les ADPIC. D'autres accords multilatéraux et plurilatéraux de l'OMC reprendront son contenu dans la rédaction de dispositions concernant l'interdiction des discriminations entre les membres de l'organisation. C'est le cas de l'Accord OTC et de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics.

231. Afin de mieux exposer son régime, il est opportun, d'une part, de mettre en évidence tous les textes juridiques dans lesquels figure le principe du traitement de la nation la plus favorisée et, d'une autre, de préciser le champ d'application.

a) Les dispositions relatives au traitement de la nation la plus favorisée

232. Dans le cadre du premier pilier de l'OMC, c'est-à-dire le commerce des marchandises, le principe du traitement de la nation la plus favorisée est régi par l'article premier du GATT qui dispose que « *tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes* ». En vertu de cette règle, chaque fois qu'un pays membre procède à une réduction de barrières tarifaires ou à une ouverture de son marché, il doit agir de la même manière avec tous ses partenaires commerciaux signataires des accords de l'OMC⁵⁴⁴. Elle concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de

⁵⁴⁴ Patrica ROSIAK, opt. cit., p. 98.

l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions, l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations ainsi que toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III du GATT⁵⁴⁵.

233. Le principe ainsi posé est repris aux articles II de l'AGCS et 4 de l'Accord ADPIC qui l'adaptent aux services et aux droits de la propriété intellectuelle. Le premier de ces textes dispose qu' « *en ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays* ». Le deuxième article prévoit qu' « *en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres* ».

234. En plus des dispositions des trois principaux accords de l'OMC, le principe du traitement de la nation la plus favorisée figure également dans le préambule de l'Accord multilatéral OTC et le préambule de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics mais de façon beaucoup plus générale. En effet, dans ces textes, au lieu de consacrer des dispositions spécifiques à la clause de la nation la plus favorisée, on a réaffirmé le principe général d'interdiction des discriminations entre les nations qui renferme à la fois cette clause et le principe du traitement national.

235. Les textes incorporant le principe du traitement de la nation la plus favorisée étant mis en évidence, il reste maintenant à déterminer son champ d'application.

b) Le champ d'application du principe du traitement de la nation la plus favorisée

236. Il est question de déterminer les bénéficiaires du principe et les types de mesures auxquels il s'applique.

⁵⁴⁵ Article premier, paragraphe 1 du GATT.

237. Concernant les bénéficiaires, comme dans le cadre du principe du traitement national, ce sont les produits, les services ou fournisseurs de services et les ressortissants des autres États membres de l'OMC qui sont bénéficiaires de la clause de la nation la plus favorisée. C'est ce qui ressort du premier paragraphe de l'article premier du GATT, de l'article II de l'AGCS et de l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC. Cependant, il est à souligner qu'en ce qui concerne le GATT, ce principe s'applique aussi aux exportations et à tout produit destiné aux territoires des autres membres⁵⁴⁶.

238. S'agissant des types de mesures auxquels s'applique le principe du traitement de la nation la plus favorisée, les éléments développés lors de l'étude des mesures soumises au principe du traitement national sont également valables ici. Sans entrer dans les détails, il s'agit des taxes et règlements intérieurs, toutes les mesures affectant la fourniture de services et la protection de la propriété intellectuelle. Néanmoins, il existe quelques différences, notamment dans le GATT et l'AGCS. Dans le GATT, la clause de la nation la plus favorisée ne vise pas que les taxes et règlements intérieurs comme c'est le cas pour le traitement national, elle concerne aussi les mesures à la frontière⁵⁴⁷. En ce qui concerne l'AGCS, alors que l'obligation relative au traitement national ne s'applique qu'en cas d'adoption d'un engagement spécifique, l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée énoncée à l'article II est d'application générale, exception faite d'une liste unique d'exemptions⁵⁴⁸.

239. Tel est donc le régime juridique du principe du traitement de la nation la plus favorisée. L'analyse des obligations qu'il génère s'impose pour démontrer son caractère concurrentiel.

B/ Le contenu du principe du traitement de la nation la plus favorisée

240. Contrairement au contenu du principe du traitement national qui traduit une obligation générale de traitement non moins favorable consistant à assurer l'égalité des possibilités de concurrence, le contenu de la clause de la nation la plus favorisée est exprimé d'une manière assez différente dans les trois principaux accords de l'OMC. Dans le GATT, le critère du traitement de la nation la plus favorisée est exprimé sous la forme d'une obligation

⁵⁴⁶ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 14.

⁵⁴⁷ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 14.

⁵⁴⁸ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 14.

d'étendre « *immédiatement et sans condition* » à tous les États membres de l'OMC « *tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités* » accordés par un État membre (paragraphe 1 de l'article premier)⁵⁴⁹. Et une décision du groupe spécial chargé de l'affaire *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile* précise qu'aucun avantage de ce type ne peut être subordonné à un critère qui n'a pas de rapport avec le produit importé lui-même⁵⁵⁰. Il s'agissait, en l'espèce, d'avantages fiscaux et tarifaires.

241. La même formulation a été utilisée dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC (article 4). L'obligation générale d'interdiction des discriminations se dégage nettement du contenu de ses dispositions même si elles sont moins limpides que celles de l'AGCS.

242. Dans l'AGCS, c'est le critère du « traitement non moins favorable » qui a été utilisé pour exprimer l'obligation contenue dans la clause de la nation la plus favorisée (article II)⁵⁵¹. Le sens attribué à ce critère dans le cadre de cette clause est le même que celui qui a été attribué dans le cadre du traitement national. C'est ce qu'affirment les rédacteurs de la note d'information du Secrétariat de l'OMC⁵⁵² en date du 14 avril 1999. Ils soutiennent que dans l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et la distribution des bananes*, le groupe spécial a estimé qu'il fallait donner le même sens au critère du « traitement non moins favorable » énoncé à l'article XVII et à l'article II de l'AGCS, et que celui-ci devait être interprété comme une obligation d'assurer des conditions de concurrence non moins favorables⁵⁵³.

243. Ainsi, telles sont les obligations traduites par le contenu du principe de la nation la plus favorisée. L'obligation de maintenir des conditions de concurrence non moins favorables et l'obligation générale de non-discrimination révèlent les visées concurrentielles de ce principe. La question consiste maintenant à savoir si les exceptions relatives à l'application de ces obligations atténuent la portée de ce principe et limitent, par conséquent, l'aspect concurrentiel.

⁵⁴⁹ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 15.

⁵⁵⁰ *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R et WT/DS64/R, paragraphes 14.143 – 14.144.

⁵⁵¹ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 15.

⁵⁵² OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114.

⁵⁵³ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 15 ; *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et la distribution des bananes*, WT/DS27/R/USA, paragraphes 7.298 - 7.304.

C/ Les exceptions au principe du traitement de la nation la plus favorisée

244. Contrairement à celles existant dans le cadre du traitement national, les exceptions relatives à la clause de la nation la plus favorisée sont assez conséquentes et peuvent atténuer le caractère général et absolu de ce principe⁵⁵⁴. Certaines entrent clairement en contradiction avec la règle générale de non-discrimination dont la clause de la nation la plus favorisée est censée garantir⁵⁵⁵. C'est le cas, par exemple, de l'autorisation d'adopter des accords établissant des unions douanières et des zones de libre-échange prévue à l'article XXIV du GATT ou de la possibilité de maintenir une mesure incompatible avec l'obligation de traitement non moins favorable figurant au paragraphe 2 de l'article II de l'AGCS⁵⁵⁶. Mais il n'en demeure pas moins que l'objectif concurrentiel subsiste toujours en ce sens que la non-discrimination reste la règle, les exceptions sont très encadrées et soumises à des conditions.

245. Ainsi, à part l'admission des unions douanières et le maintien de certaines préférences prévues respectivement aux articles XXIV et premier du GATT, les exceptions à la clause de la nation la plus favorisée comprennent, comme dans le cadre du principe du traitement national, des exceptions générales et des exceptions liées à des raisons de sécurité⁵⁵⁷. Les premières sont justifiées dans le cadre du GATT, comme celui de l'AGCS, par des arguments relatifs à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, à la garantie du respect des lois et réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du GATT et de l'AGCS⁵⁵⁸. Les exceptions concernant la sécurité sont, quant à elles, régies par les articles XXI du GATT et XIV bis de l'AGCS.

246. Il est à noter que dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, les exceptions au principe de la nation la plus favorisée portent sur les accords internationaux relatifs à l'entraide judiciaire ou l'exécution des lois en général mais ne se limitent pas particulièrement à la protection de la propriété intellectuelle⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ Hubert LESAFFRE, « Les règles de fond », in Patrick DAILLER, Géraud de LA PRADELLE, Habib GHERARI (dir.), *opt. cit.*, p. 345.

⁵⁵⁵ Hubert LESAFFRE, *art. cit.*, p.346.

⁵⁵⁶ Hubert LESAFFRE, *art. cit.*, p.346.

⁵⁵⁷ OMC, *opt. cit.*, WT/WGTCP/W/114, p. 16.

⁵⁵⁸ Articles XX du GATT et XIV de l'AGCS.

⁵⁵⁹ OMC, *opt. cit.*, WT/WGTCP/W/114, p.16 ; Art. 4 de l'Accord sur les ADPIC.

247. L'une des conditions principales d'admission des exceptions ainsi exposées repose sur la règle générale de non-discrimination. Les deux premiers piliers, à savoir le GATT et l'AGCS, autorisent l'adoption de mesures pouvant aller à l'encontre de l'obligation de traitement non moins favorable « *sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent* ». Ce libellé utilisé dans le premier alinéa de l'article XX du GATT a été repris à l'identique dans le premier alinéa de l'article XIV de l'AGCS. Et l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC prévoit à son tour que sont exemptés de l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée, « *tous les avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre qui découlent d'accords internationaux se rapportant à la propriété intellectuelle dont l'entrée en vigueur précède celle de l'Accord sur l'OMC, à condition que ces accords soient notifiés au Conseil des ADPIC et ne constituent pas une discrimination arbitraire ou injustifiable à l'égard des ressortissants d'autres Membres* ».

248. Il est donc relativement aisé de percevoir que l'existence d'exceptions assez importantes ne limite pas la portée de l'obligation de traitement non moins favorable dans la mesure où le « législateur » de l'OMC a fait de cette obligation, ou plus précisément de la non-discrimination, une condition d'admission de ces exceptions. Ce constat dénote une certaine cohérence des textes régissant les principes fondamentaux de l'OMC mais permet surtout de consolider l'argument selon lequel l'interdiction des discriminations constitue un principe général repris dans la quasi-totalité des accords adoptés au sein de l'organisation.

249. L'étendue de la portée et le caractère général de la clause de la nation la plus favorisée viennent conforter, à leur tour, la théorie en vertu de laquelle les principes de l'OMC ayant trait à l'interdiction des discriminations désignent des principes de concurrence car la non-discrimination constitue une règle de droit de la concurrence.

250. Outre l'interdiction des discriminations, les principes de l'OMC contiennent une autre règle essentielle que l'on retrouve dans la plupart des droits internes de la concurrence, notamment dans le droit français et européen de la concurrence (Chapitre I, Titre IV, Livre IV du Code de commerce). Il s'agit du principe de la transparence.

III - Le principe de transparence

251. Toute compétition nécessite que les règles du jeu soient connues de tous les acteurs, sous peine d'être faussée. En tant que « *compétition économique* »⁵⁶⁰, la concurrence n'échappe pas à cette règle ; d'où la présence dans les droits nationaux de la concurrence de dispositions visant à imposer une certaine transparence. Même si l'objectif avoué du principe de transparence figurant dans les accords de l'OMC n'est pas tout à fait celui que nous décrivons ici, il ne peut pas s'en détacher non plus. Selon Messieurs Gourion, Peyrard et Soubeyrand, ce principe est le « *corollaire de l'absence de discrimination* »⁵⁶¹.

252. C'est dans l'étude de la fonction du principe de transparence incorporé dans les textes de l'OMC qu'il sera plus évident de percevoir que celui-ci a des visées concurrentielles (A). Auparavant, il importe d'examiner son régime (B).

A/ Les textes juridiques relatifs à la transparence

253. Le principe de transparence est d'abord affirmé par l'article X du GATT qui dispose que « *les lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale rendus exécutoires par toute partie contractante qui visent la classification ou l'évaluation de produits à des fins douanières, les taux des droits de douane, taxes et autres impositions, ou les prescriptions, restrictions ou prohibitions relatives à l'importation ou à l'exportation, ou au transfert de paiements les concernant, ou qui touchent la vente, la distribution, le transport, l'assurance, l'entreposage, l'inspection, l'exposition, la transformation, le mélange ou toute autre utilisation de ces produits, seront publiés dans les moindres délais, de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance* ». Il rajoute que cette publication concerne également « *les accords intéressant la politique commerciale internationale et qui seraient en vigueur entre le gouvernement ou un organisme gouvernemental de toute partie contractante et le gouvernement ou un organisme gouvernemental d'une autre partie contractante* ». Le contenu de ce texte sera repris et adapté aux services et à la propriété intellectuelle lors de l'adoption des accords

⁵⁶⁰ Gérard CORNU, opt. cit., p. 200.

⁵⁶¹ Pierre-Alain GOURION, Georges PEYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, opt. cit., p. 59.

relatifs à ces domaines. Dans le cadre de l'AGCS, il est exprimé à l'article III et dans l'Accord sur les ADPIC, à l'article 63.

254. Les dispositions ainsi mentionnées contiennent ce qu'on appelle l'obligation de publication⁵⁶². Il est une autre obligation qui consiste en une obligation de notification de la législation et de la réglementation affectant les échanges commerciaux⁵⁶³. Elle est prévue par les mêmes textes que ceux concernant l'obligation de publication, c'est-à-dire les articles X du GATT, III de l'AGCS et 64 de l'Accord sur les ADPIC⁵⁶⁴.

255. En sus de la consécration par les trois principaux accords de l'OMC, le principe de transparence est également réaffirmé dans plusieurs autres accords multilatéraux et plurilatéraux négociés et adoptés dans le cadre de l'institution, notamment dans l'Accord S.P.S. (article 7), l'Accord sur les M.I.C. (article 6), l'Accord O.T.C. (article 2, paragraphe 2.9), l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (article 12) et l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (alinéa 3 du préambule et article XVII). Ceci démontre que le principe de transparence est présent dans l'ensemble des secteurs commerciaux relevant de la compétence de l'OMC. Une transparence dans les échanges commerciaux entraîne une protection des règles du jeu de la concurrence en ce sens qu'elle impose de permettre aux différents acteurs de prendre connaissance des informations relatives à un marché et ce, de manière impartiale. L'analyse de la fonction du principe de transparence incorporé dans les textes de l'OMC aiderait à mettre davantage en évidence que celui-ci a une incidence concurrentielle. Avant de s'atteler à cette tâche, il faut juste préciser que le principe connaît néanmoins quelques limites : aucune disposition n'oblige « *un Membre à révéler des renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait d'une autre manière contraire à l'intérêt public, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées* » (article X :1 du GATT, article III bis de l'AGCS et article 63, paragraphe 4 de l'Accord sur les ADPIC). Qu'en est-il maintenant de la fonction du principe de transparence ?

⁵⁶² OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 16-17.

⁵⁶³ Pierre-Alain GOURION, Georges PEYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, opt. cit., p. 59 ; Hubert LESAFFRE, art. cit., p. 343 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 16-17.

⁵⁶⁴ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 17.

B/ La fonction du principe de transparence

256. Le principe de transparence poursuit plusieurs objectifs qui peuvent être regroupés en un seul objectif principal fondé sur la recherche d'une sécurité juridique dans le commerce mondial⁵⁶⁵. Dans la note d'information du Secrétariat de l'OMC que nous avons déjà citée, il est soutenu que la fonction des obligations découlant du principe de transparence pourrait être beaucoup plus importante dans les domaines où l'on constate une insuffisance du rôle des règles d'application générale de l'OMC⁵⁶⁶. Et l'exemple proposé en guise d'illustration de cette idée constitue un argument très pertinent pour démontrer que le principe en question poursuit également un objectif concurrentiel. Il concerne, en l'occurrence, le cas des « *règlements gouvernementaux de nature essentiellement interne qui ont pour objet la promotion d'objectifs d'intérêt général légitimes, tels que la santé publique ou la protection de l'environnement, mais qui peuvent avoir une incidence importante sur les conditions de concurrence au niveau international et peuvent en fait être utilisés abusivement dans ce sens* »⁵⁶⁷. Donc, le principe de transparence contribue à la préservation des conditions de concurrence en comblant les limites des règles d'application générale de l'OMC et permet de contrôler que des mesures essentiellement internes ne soient pas utilisées dans le but de fausser les règles du jeu de la concurrence au niveau international.

257. L'étude de ce principe, ainsi que celle du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, ont permis de mettre en évidence le caractère concurrentiel de ces règles. Leur consécration par des accords principaux de rang supérieur, puis par des accords de rang inférieur, démontre l'existence d'une certaine cohésion qui évoque un ensemble, un système. Ceci milite en faveur de l'idée selon laquelle les règles de concurrence incorporées dans les différents textes de l'OMC peuvent former un droit de la concurrence si elles sont considérées dans leur globalité. Elle est défendable dans la mesure où il existe, à côté des principes prévoyant des règles générales sur la concurrence, d'autres dispositions beaucoup plus spécifiques comparables à celles qui forment les droits nationaux sur la concurrence. Afin de vérifier une telle théorie, il convient d'étudier la teneur de ces règles spécifiques de concurrence.

⁵⁶⁵ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 17-18 ; Pierre-Alain GOURION, Georges PEYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, opt. cit., p. 59 ; Hubert LESAFFRE, art. cit., p. 342-343.

⁵⁶⁶ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 18.

⁵⁶⁷ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/114, p. 18.

Section 2 : Des règles matérielles de concurrence incorporées dans les accords de l'OMC

258. L'expression « règles matérielles de concurrence » est employée dans un but de distinguer des règles considérées comme des principes généraux de l'OMC mais ayant également des visées concurrentielles, de celles qui concernent spécifiquement la concurrence. L'objectif consiste à observer les règles spécifiques qui forment les différentes composantes des droits nationaux sur la concurrence et de les mettre en parallèle avec les règles de l'OMC.

259. Dans les droits internes des États sur la concurrence, on trouve en général des règles relatives à la non-discrimination, la concurrence déloyale, la prohibition des pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante) et des pratiques restrictives de concurrence et au contrôle des concentrations. C'est le cas notamment du droit français et européen de la concurrence⁵⁶⁸. À part la concurrence déloyale, ces mêmes éléments se retrouvent pratiquement tous dans le droit américain de la concurrence⁵⁶⁹.

260. Les règles relatives à la non-discrimination ayant été traitées dans la section précédente portant sur les principes de l'OMC, il sera question d'étudier les autres éléments du droit de la concurrence. Exception faite de l'absence de dispositions concernant le contrôle des concentrations, les Accords de l'OMC contiennent des règles pouvant régir toutes les autres composantes du droit de la concurrence. Certains de ces textes font explicitement référence à des notions de « concurrence déloyale » et de « pratiques anticoncurrentielles » telles qu'elles existent en droit interne, d'autres prévoient des dispositifs qui peuvent être interprétés comme portant sur lesdites notions. Enfin, il existe d'autres règles qui concernent des pratiques qui n'ont pas d'équivalents en droit interne ; il s'agit des pratiques déloyales de « *défense commerciale* » reposant sur des dumpings, des subventions et des barrières non tarifaires à effet anticoncurrentiel⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 780, p. 258 ; G. RIPERT/ R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., 18^{ème} éd., t. 1, v. 1, 2001, p. 566-567.

⁵⁶⁹ Ralph FOLSOM, art. cit., p. 275-282 ; Dossiers internationaux Francis Lefebvre, opt. cit., n° 1100-1116, p. 95-102 ; Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 13-14 et 23 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 21 ; G. RIPERT/ R. ROBLOT, opt. cit., p. 561-562 ; Jérôme PASSA, « Panorama des droits étrangers », J-Cl. Conc. Consom., fasc. 50-20, 1998, paragraphes 4-13.

⁵⁷⁰ Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 309.

261. Aux fins de mieux effectuer ce travail de comparaison des différents éléments du droit de la concurrence avec les règles incorporées dans les accords de l'OMC, il semble logique d'étudier successivement ces éléments en commençant par la concurrence déloyale (I), ensuite les textes relatifs aux pratiques anticoncurrentielles et les pratiques déloyales de défense commerciale (II), puis de terminer par une analyse des règles concurrentielles de l'OMC en fonction des différentes théories sur la formation d'un droit de la concurrence (III).

I - La présence de règles régissant la concurrence déloyale

262. Constituant une branche importante des règles intéressant les relations d'affaires, le droit de la concurrence déloyale représente, à ce titre, un « *élément tout à la fois du droit de la concurrence et d'un droit civil de la concurrence* »⁵⁷¹. Il est ainsi certain que la concurrence déloyale désigne un élément du droit de la concurrence. Par conséquent, la présence dans le droit de l'OMC, de règles régissant cette matière, contribue indéniablement à la théorie de l'existence d'un droit de la concurrence au sein de l'institution. Avant d'étudier les règles de l'OMC sur la concurrence déloyale (A), il faut voir d'abord ce que recouvre la notion de concurrence déloyale (B).

A/ La notion de concurrence déloyale

263. Selon le « Vocabulaire juridique », la concurrence déloyale représente un « *fait constitutif d'une faute qui résulte d'un usage excessif, par un concurrent, de la liberté de la concurrence, par emploi de tout procédé malhonnête dans la recherche de la clientèle, dans la compétition économique* »⁵⁷². Elle est issue en droit français d'une construction prétorienne et a pour fondement le droit commun de la responsabilité civile, c'est-à-dire les articles 1382 et 1383 du Code civil⁵⁷³. Les actes pouvant être qualifiés de concurrence déloyale, et être interdits à ce titre, constituent tous les actes qui sont « *contraires aux usages honnêtes du*

⁵⁷¹ Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, *opt. cit.*, p. 67.

⁵⁷² Gérard CORNU, *opt. cit.*, p. 225.

⁵⁷³ Valérie PIRONON, *opt. cit.*, p. 231-232 ; Dominique BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, L.G.D.J., coll. Droit des affaires, 2004, p. 176-177 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE et Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1^{ère} éd., février 2006, p. 379-380.

commerce » et dont le législateur n'a pas prévu de sanction spécifique en cas de leur commission⁵⁷⁴. Ces actes ont fait l'objet d'un classement de la part de Paul Roubier qui distingue trois griefs de concurrence déloyale, à savoir l'imitation, la désorganisation et le dénigrement⁵⁷⁵.

264. L'imitation consiste à semer de manière déloyale une confusion dans l'esprit des clients. Elle repose sur le fait de copier les signes distinctifs d'un concurrent dans le but de « *retirer un avantage indu dans la compétition économique* »⁵⁷⁶. La confusion ainsi provoquée se distingue de celle induite par la reproduction de droits de propriété intellectuelle qui sera sanctionnée par le biais d'une action en contrefaçon⁵⁷⁷.

265. Il n'existe, pas dans le droit de l'OMC, de règles sanctionnant la commission d'actes semblables à ceux qui viennent d'être évoqués et permettant de faire une comparaison pertinente. Néanmoins, ce constat peut être tempéré par la présence, dans le GATT, de dispositions qui semblent interdire l'imitation ou la confusion qu'elle provoque. Il s'agit notamment des paragraphes 2 et 6 de l'article IX. Le premier dispose que « *les parties contractantes reconnaissent que, dans l'établissement et l'application des lois et règlements relatifs aux marques d'origine, il conviendrait de réduire au minimum les difficultés et les inconvénients que de telles mesures pourraient entraîner pour le commerce et la production des pays exportateurs, en tenant dûment compte de la nécessité de protéger les consommateurs contre les indications frauduleuses ou de nature à induire en erreur* ». Le deuxième texte impose aux États membres de l'OMC de collaborer afin d'éviter que les « *marques commerciales ne soient utilisées de manière à induire en erreur quant à la véritable origine du produit* » et ce, au « *détriment des appellations d'origine régionales ou géographiques des produit du territoire* » d'un autre État membre et faisant l'objet d'une protection légale.

266. Le fait que les dispositions susmentionnées évoquent le droit de la propriété intellectuelle n'empêche pas de faire un rapprochement avec le droit français de la concurrence déloyale car ce dernier est également à la frontière du droit de la propriété

⁵⁷⁴ Valérie PIRONON, opt. cit., p. 232.

⁵⁷⁵ Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 6^{ème} éd., février 2014, p. 156.

⁵⁷⁶ Valérie PIRONON, opt. cit., p. 232 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE et Marie-Stéphane PAYET, opt. cit., p. 396-397.

⁵⁷⁷ Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 94.

intellectuelle⁵⁷⁸. En effet, dans le cadre de ce droit, lorsqu'il y a une confusion ou une imitation de signes distinctifs, la victime va agir sur le fondement d'une action en contrefaçon si elle dispose d'un droit de propriété intellectuelle protégeant le signe, sinon l'imitation sera analysée comme un acte de concurrence déloyale condamnable par le biais d'une action en concurrence déloyale⁵⁷⁹.

267. On s'aperçoit donc que l'objectif de la prohibition de la confusion ainsi décrite dans le droit français est similaire à celui de l'article IX du GATT : ils visent tous les deux à empêcher la confusion dans l'esprit des consommateurs. Qu'en est-il de la catégorie des actes de concurrence déloyale relatifs à la désorganisation ?

268. La désorganisation constitue le « *résultat d'un comportement fautif altérant l'organisation d'une entreprise ou le fonctionnement du marché* »⁵⁸⁰. Elle peut être faite de manière directe ou indirecte : la désorganisation directe peut s'effectuer par exemple à travers une pratique de « *prix d'appel* » ou une « *utilisation de la marque d'autrui à titre promotionnel* », et la désorganisation indirecte, par le biais d'une pratique de débauchage d'un salarié de l'entreprise concurrente ou la procuration d'informations dans des conditions irrégulières⁵⁸¹.

269. Parmi ces exemples, le cas des prix d'appel est celui qui paraît le plus intéressant pour faire un rapprochement avec le droit de l'OMC. En effet, selon Madame Marie Malaurie-Vignal, « *la pratique de prix anormalement bas, mais au-delà du seuil de revente à perte, n'est pas constitutive de concurrence déloyale, en dehors d'autres circonstances, telle une tromperie ou d'un dumping* »⁵⁸². Donc d'après elle, le dumping et la tromperie sont des actes de concurrence déloyale. Elle l'affirme même car, après avoir déclaré que la tromperie est condamnable, elle la distingue du dumping qu'elle définit comme étant une « *vente à bas prix, afin d'attirer la clientèle suivie d'une hausse une fois la concurrence locale éliminée* » et de conclure qu'une telle « *pratique est déloyale* »⁵⁸³.

270. Sachant que l'interdiction des dumpings est également prévue dans les textes de l'OMC, nous pouvons ainsi soutenir l'idée selon laquelle la prohibition des dumpings dans

⁵⁷⁸ Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 71 ; Valérie PIRONON, opt. cit., p. 234.

⁵⁷⁹ Valérie PIRONON, opt. cit., p. 234.

⁵⁸⁰ Valérie PIRONON, opt. cit., p. 239.

⁵⁸¹ Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, opt. cit., p. 172-173.

⁵⁸² Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, opt. cit., p. 173.

⁵⁸³ Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, opt. cit., p. 173.

le cadre de l'OMC représente un élément comparable à l'interdiction des actes de concurrence déloyale présente dans le droit français.

271. Cette prohibition des dumpings est fixée par le paragraphe 1 de l'article VI du GATT qui dispose que « *les parties contractantes reconnaissent que le dumping, qui permet l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale, est condamnable s'il cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production établie d'une partie contractante ou s'il retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale* ». L'appréciation du prix du produit par rapport à sa valeur normale s'effectue au niveau du pays exportateur : le produit exporté sera considéré comme étant introduit sur le marché d'un pays importateur à un prix inférieur à sa valeur normale si son prix est « *inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire* ». C'est ce que prévoit le paragraphe 1 de l'article VI précité. En cas d'absence d'un tel prix sur le marché intérieur du pays exportateur, il faut vérifier si le prix du produit exporté est « *inférieur au prix comparable le plus élevé pour l'exportation d'un produit similaire vers un pays tiers au cours d'opérations commerciales normales* » ou s'il est en deçà du « *coût de production de ce produit dans le pays d'origine, plus un supplément raisonnable pour les frais de vente et le bénéfice* »⁵⁸⁴.

272. Il ressort clairement de ces dispositions que l'objectif poursuivi repose sur l'interdiction de comportements déloyaux visant la désorganisation d'une production commerciale. La seule différence avec le droit interne français consiste dans le fait que l'article VI du GATT vise le comportement des États et non les entreprises, même si nous pensons que ces dernières sont également concernées mais de façon indirecte. Les entreprises sont concernées dans la mesure où le texte cible « *le marché intérieur* » des États et évoque un « *dommage à une branche de la production nationale* ». Et l'on sait qu'il est très difficile de parler de marché intérieur d'un État ou de production nationale sans prendre en compte les entreprises tant celles-ci représentent un acteur majeur dans ces deux domaines ; le marché intérieur d'un pays n'est pas constitué que par des acteurs publics, les acteurs privés ou les entreprises y occupent un rôle important, voire principal, et la production nationale englobe également l'activité des entreprises. Donc édicter des textes concernant les États mais portant sur lesdits domaines reviendrait à régir de manière indirecte le comportement des entreprises.

⁵⁸⁴ Article VI, paragraphe 1, b) du GATT.

Ceci est d'autant plus vrai qu'on prend en considération les prix pratiqués par ces dernières pour la détermination d'un acte de dumping.

273. La réglementation sur les dumpings a été complétée par un accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994⁵⁸⁵. Son contenu sera étudié dans la subdivision consacrée exclusivement à l'étude des dumpings.

274. Les deux catégories d'actes de concurrence déloyale étant ainsi analysées, il reste maintenant la troisième, c'est-à-dire le dénigrement.

275. Le dénigrement désigne une « *forme de discrédit qui consiste en des comportements par lesquels un opérateur lance des informations erronées, exagérées ou infondées, sur une entreprise, ses employés, ses produits ou services, sa solvabilité, sa sécurité, ses actionnaires ou dirigeants voire sur l'ensemble de la profession* »⁵⁸⁶. Il regroupe, en général, toutes les « attaques » publiques d'un concurrent envers un autre⁵⁸⁷. À notre connaissance, il n'existe pas dans le dispositif de l'OMC de règles permettant de réprimer ce type d'actes de concurrence déloyale.

276. L'étude de la notion de concurrence déloyale révèle que cette matière n'est pas étrangère au droit de l'OMC ; non seulement on y trouve des textes régissant des situations comparables à celles de la concurrence déloyale contenue dans les droits internes des États, notamment le droit français, mais il prévoit également des dispositions expresse sur la concurrence déloyale. C'est sur ces dernières que porteront nos prochains développements.

B/ La concurrence déloyale prévue par les textes de l'OMC

277. D'emblée, il faut reconnaître que la concurrence déloyale n'a pas fait l'objet d'une consécration à hauteur de celle dont la non-discrimination et la transparence ont pu bénéficier. Contrairement à ces dernières qui sont régies par la quasi-totalité des accords de l'OMC, la concurrence déloyale n'est prévue de façon expresse que par l'Accord sur les ADPIC qui renvoie à l'article 10bis de la Convention de Paris de 1967. La consécration est

⁵⁸⁵ Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994.

⁵⁸⁶ ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 1, 1952, in Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 89 ; Muriel CHAGNY, chron. Droit de la concurrence, RJ Com., N° 2, Mars-Avril 2012, pp. 16-24, p. 21.

⁵⁸⁷ Valérie PIRONON, opt. cit., p. 236-237.

faite précisément à travers le premier paragraphe de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC qui dispose qu' « *en assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3* ». Le paragraphe 2 de ce texte permet aux « *personnes physiques et morales d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes* ». Le paragraphe 3 impose aux États membres de l'OMC de protéger les données communiquées aux pouvoirs publics et à leurs organismes contre une exploitation déloyale dans le commerce. Ces formulations indiquent que les dispositions concernent à la fois les États et les acteurs privés, notamment les entreprises. Mais l'élément qui retient le plus l'attention repose sur le renvoi à la Convention de Paris de 1967 car c'est celle-ci qui est à l'origine de la théorie de la concurrence déloyale⁵⁸⁸. Pour être plus précis, la convention a été adoptée le 20 mars 1883 et révisée le 14 juillet 1967 à Stockholm. Les dispositions relatives à la concurrence déloyale étaient prévues dans cette convention originelle et ont été maintenues avec la révision de 1967. La dernière modification de la convention date du 28 septembre 1979.

278. Ces précisions étant faites, l'article 10bis de la Convention de Paris, auquel renvoie l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, s'intitule « *concurrence déloyale* » et établit un véritable régime juridique en commençant par poser le principe de protection contre la concurrence déloyale. Il se traduit ainsi : « *les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale* »⁵⁸⁹. Ensuite, il explique ce qu'il faut entendre par concurrence déloyale en proposant une définition d'un acte de concurrence déloyale dans son paragraphe 2 qui dispose que « *constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale* ». Et le paragraphe 3 dresse un classement d'actes devant être interdits à ce titre. Son contenu évoque à peu près les mêmes catégories d'actes de concurrence déloyale existants dans le droit français de la concurrence déloyale et que nous avons déjà détaillés dans la première subdivision de cette sous-section I.

⁵⁸⁸ Jules STUYCK, « Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales », RIDE, N°4-2011, pp. 455-480, p. 469 ; Valérie PIRONON, opt. cit., p. 232.

⁵⁸⁹ Article 10bis, paragraphe 1 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 14 juillet 1967.

279. La lecture du contenu de cet article 10bis permet de comprendre pourquoi la doctrine soutient l'idée selon laquelle la théorie de la concurrence déloyale présente dans le droit français a pour origine la Convention d'Union de Paris sur la protection de la propriété industrielle. C'est le cas notamment de Madame Valérie Pironon⁵⁹⁰.

280. Jusqu'à ces développements, notre démarche consistait à s'appuyer sur les droits internes des États, principalement le droit français et européen de la concurrence, afin de dégager des éléments de comparaison avec les dispositions de l'OMC. Mais l'on s'aperçoit ici que les choses s'inversent en ce sens que la concurrence déloyale puise sa source dans une convention incorporée dans le droit de l'OMC. Même si cette matière n'est régie que par un seul accord principal de l'OMC, il faut reconnaître que cet accord renvoi à un texte qui contient des dispositions suffisantes mettant en place un régime juridique assez complet sur la concurrence déloyale.

281. En faisant le parallèle avec la définition de la concurrence déloyale donnée en début de la présente sous-section I, d'autres dispositions peuvent être interprétées comme portant sur la concurrence déloyale. Il s'agit, en l'occurrence, de l'article X de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics qui prévoit que : *« afin de garantir une concurrence internationale effective optimale dans le cas des procédures d'appel d'offres sélectives, les entités, pour chaque marché envisagé, inviteront à soumissionner le plus grand nombre de fournisseurs nationaux et de fournisseurs des autres Parties, compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés. Elles sélectionneront d'une façon loyale et non discriminatoire les fournisseurs admis à participer à ces procédures »*. Sachant que l'objet de la théorie de la concurrence déloyale consiste en la protection de la loyauté de la concurrence⁵⁹¹, cet article pourrait donc être considéré comme visant à assurer une concurrence loyale dans les procédures de passation des marchés publics.

282. En sus des dispositions relatives à la concurrence déloyale, les Accord de l'OMC font place à des textes concernant l'un des éléments essentiels, voire la principale composante du droit de la concurrence. Il s'agit des dispositions régissant les pratiques anticoncurrentielles.

⁵⁹⁰ Valérie PIRONON, opt. cit., p. 232.

⁵⁹¹ Lamy Droit de l'entreprise, opt. cit., n° 1416, p. 970 et s.

II - Des textes relatifs aux pratiques anticoncurrentielles

283. S'il est un élément dont la présence doit être nécessairement démontrée pour prouver l'existence d'un droit de la concurrence, c'est bien le droit des pratiques anticoncurrentielles. Présente aussi bien en droit français et européen⁵⁹² qu'en droit américain de la concurrence⁵⁹³, la réglementation relative aux pratiques anticoncurrentielles représente une composante importante dans ces deux droits. D'ailleurs, les premières règles ayant donné naissance au droit de la concurrence, tel qu'on le connaît aujourd'hui, concernaient des pratiques anticoncurrentielles⁵⁹⁴. Une partie de la doctrine pense même que le droit de la concurrence n'est constitué que de règles relatives à l'interdiction des comportements anticoncurrentiels et au contrôle des concentrations, et exclut les règles concernant la concurrence déloyale. C'est le cas notamment de Messieurs André et Georges Decocq⁵⁹⁵. Une chose est sûre : il est impossible de parler de droit de la concurrence sans la présence d'un dispositif juridique régissant les pratiques anticoncurrentielles. Par conséquent, la démonstration de l'existence ou non d'un tel dispositif dans les textes de l'OMC conditionnera la réponse à la question de l'existence d'un droit de la concurrence au sein de cette organisation.

284. La lecture des trois principaux accords de l'OMC, ainsi que des autres textes, fournit des éléments permettant d'opter pour une réponse positive. Leur nombre peut s'accroître si l'on ajoute aux textes faisant explicitement référence aux pratiques anticoncurrentielles, d'autres dispositions pouvant être interprétées comme régissant cette matière et ce, par le biais d'une comparaison avec le droit interne des États relatif aux comportements anticoncurrentiels, précisément le droit français et européen de la concurrence.

285. Pour ce faire, il faut d'abord procéder à l'étude de la notion de pratiques anticoncurrentielles (A), avant d'analyser les pratiques qui sont régies par le droit de l'OMC (B).

⁵⁹² Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 780, p. 258 ; Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, opt. cit., p. 189.

⁵⁹³ Linda ARCELIN-LECUYER, *Droit de la concurrence – Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Pur, coll. Didact Droit, 2^{ème} éd., septembre 2013, p. 22.

⁵⁹⁴ Linda ARCELIN-LECUYER, opt. cit., p. 22 ; Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 13-14.

⁵⁹⁵ André DECOCQ et Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence*, L.G.D.J., 6^{ème} éd., août 2014, p. 17.

A/ La notion de pratiques anticoncurrentielles

286. D'après le « Dictionnaire de droit du marché » dirigé par Monsieur Daniel Mainguy, les pratiques anticoncurrentielles désignent « *l'ensemble des pratiques d'entreprises susceptibles d'entraver de manière significative le libre jeu de la concurrence, sur un marché déterminé* »⁵⁹⁶. Autrement dit, il s'agit de comportements individuels ou collectifs d'entreprises reposant sur l'exclusion des concurrents ou faisant obstacle à l'arrivée de nouveaux concurrents sur un marché déterminé et ce, dans le but de maximiser leurs profits⁵⁹⁷. Ils recouvrent deux types d'infractions majeures : les ententes et les abus de position dominante⁵⁹⁸.

287. L'entente est une « *collusion entre entreprises indépendantes ayant pour objet ou pour effet d'éliminer, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché* »⁵⁹⁹. Elle peut résulter d'un « *accord horizontal* », c'est-à-dire un accord entre concurrents ou un accord de distribution entre non-concurrents, appelé « *accord vertical* »⁶⁰⁰. Peu importe la forme de l'accord, il n'est pas nécessaire qu'il présente les critères d'une convention au sens du droit civil, car la volonté commune de fausser le jeu de la concurrence suffit⁶⁰¹. Il peut, par exemple, s'agir de « *conditions générales de vente acceptées, de lettres ou circulaires adressées à des distributeurs* »⁶⁰² ou d'un « *accord multilatéral conclu entre des banques instaurant une commission interbancaire fixée à un montant uniforme et ne rémunérant aucun service rendu* »⁶⁰³, etc.

288. Régies en droit français et européen de la concurrence par les articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 TFUE, les ententes ne sont pas définies par ces textes qui se contentent de dresser une liste de pratiques interdites. Le premier vise « *les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* » ; le deuxième texte cible

⁵⁹⁶ Daniel MAINGUY, opt. cit., p. 259.

⁵⁹⁷ Linda ARCELIN-LECUYER, opt. cit., p. 35.

⁵⁹⁸ Linda ARCELIN-LECUYER, opt. cit., p. 36 ; Daniel MAINGUY, opt. cit., p. 259 et Marie-Anne FRISON-ROCHE et Marie-Stéphane PAYET, opt. cit., p. 113.

⁵⁹⁹ Valérie PIRONON, opt. cit., p. 53.

⁶⁰⁰ Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, opt. cit., p. 196.

⁶⁰¹ Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, opt. cit., p. 196 ; Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 244 ; Véronique SELINSKY, « Le cartel des banques sanctionné pour avoir mis en place des commissions interbancaires concertées », *Rev. Lamy conc.*, N° 26, Janvier-Mars 2011, pp. 26-29, p. 27.

⁶⁰² Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, opt. cit., p. 196.

⁶⁰³ Aut. conc., déc. n° 10-D-28, 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, *Rev. Contrats, Conc., Consom.*, N° 12, décembre 2010, p. 25-27, note Georges DECOCQ.

à peu près les mêmes comportements mais emploie des termes différents : « *tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées* ».

289. Ainsi, en l'absence de définition légale de l'entente, c'est la jurisprudence communautaire et française qui s'est chargée de la question⁶⁰⁴. Elle exige notamment « *un concours de volontés qui porte atteinte à la concurrence* », comme l'énoncent les articles 81 du Traité CE [devenu article 101 TFUE] et L. 420-1 du Code de commerce⁶⁰⁵. Donc, pour qu'il y ait une entente, il faut un accord et une atteinte à la concurrence. C'est ce qui ressort des deux articles susmentionnés. Ils condamnent tous les deux les ententes *lorsqu'elles* « *ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* » (ou « *sur le marché intérieur* » en ce qui concerne l'article 101 TFUE).

290. L'examen des textes de l'OMC ne permet pas de mettre en évidence une quelconque disposition octroyant un élément de comparaison avec le droit français et européen de la concurrence sur ce point. Par conséquent, il est impossible d'affirmer la présence dans le droit de l'OMC de règles régissant les ententes anticoncurrentielles. Ce constat est également partagé par certains membres du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de concurrence. Dans son rapport annuel adressé au Conseil général de l'OMC, il est notamment soutenu que : « *alors que les cartels internationaux entravaient l'accès aux marchés, les règles de l'OMC ne prévoyaient aucun mécanisme pour lutter contre ce type de pratique anticoncurrentielle* »⁶⁰⁶. Qu'en est-il du deuxième élément majeur des pratiques anticoncurrentielles, à savoir l'abus de position dominante ?

291. Concernant l'abus de position dominante, il faut d'emblée préciser que ce n'est pas la position dominante qui fait l'objet d'une prohibition mais l'abus⁶⁰⁷. Pour que l'infraction soit caractérisée, il faut établir une position dominante et un abus. C'est ce qui ressort des textes régissant la pratique anticoncurrentielle en question dans le droit français et européen de la concurrence, précisément l'article 102 TFUE et l'article L. 420-2 du Code de commerce.

⁶⁰⁴ Linda ARCELIN-LECUYER, *opt. cit.*, p. 83.

⁶⁰⁵ Linda ARCELIN-LECUYER, *opt. cit.*, p. 83.

⁶⁰⁶ OMC, *opt. cit.*, WT/WGTCP/2, p. 25.

⁶⁰⁷ Marie MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, L.G.D.J., coll. Systèmes, janvier 2003, p. 16 ; Valérie PRONON, *opt. cit.*, p. 80.

292. Cependant, aucune de ces dispositions ne définit la notion de position dominante⁶⁰⁸. À l'instar des textes relatifs aux ententes, elles se contentent de poser le principe de l'interdiction de l'abus de position dominante et énoncent des exemples d'abus interdits à ce titre. Ainsi, l'article 102 TFUE prévoit d'abord qu'« *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ». Ensuite, il cite un certain nombre de pratiques pouvant être qualifiées d'abusives. Il s'agit notamment du fait - d' « imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente d'autres conditions de transactions non équitables » ; - de « limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs » ; - d' « appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence » ; - et de « subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats » .

293. Le contenu de cet article a « servi de modèle » à l'article L. 420-2 du Code de commerce⁶⁰⁹. Même si une autre formulation a été employée dans le dernier, les deux textes sont assez proches. Le texte de droit interne français est rédigé ainsi : « *Est prohibée, dans toutes les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions injustifiées* » (alinéa 1 de l'article L. 420-2). Son deuxième alinéa prévoit un autre abus de domination et introduit, de ce fait, une distinction avec le droit européen ; c'est « *l'abus de dépendance économique* »⁶¹⁰. Tout en ne définissant pas la notion de « dépendance économique », le législateur français édicte qu'« *est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique* ».

⁶⁰⁸ Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, opt. cit., p. 226.

⁶⁰⁹ Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 279.

⁶¹⁰ Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 281-281 ; Valérie PIRONON, opt. cit., p. 89 et Linda ARCELIN-LECUYER, opt. cit., p. 169.

dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires⁶¹¹ visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ».

294. Donc, en l'absence d'une définition textuelle de la position dominante, c'est la jurisprudence qui s'est attelée à préciser la notion. La première décision à œuvrer dans ce sens est l'arrêt *United Brands*⁶¹² rendu le 14 février 1978 par la CJCE (actuelle CJUE) mais c'est l'arrêt *Hoffmann-La Roche*⁶¹³ du 13 février 1979 qui consacre une définition de la position dominante⁶¹⁴. Elle y est définie comme étant « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et, finalement, des consommateurs* ». Le contenu de cette définition a été repris dans un certain nombre de décisions rendues par des juridictions françaises, notamment dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 13 avril 1999⁶¹⁵. En vertu de cette jurisprudence, la position dominante est considérée comme établie dans deux cas, à savoir « *l'existence d'un monopole* » ou la possibilité pour une entreprise d'adopter « *un comportement indépendant vis-à-vis de ses concurrents* »⁶¹⁶.

295. Concernant l'existence d'un monopole, le *Mémento Pratique Francis Lefebvre* souligne qu'il ressort de la jurisprudence européenne que dès lors qu'une entreprise bénéficie d'une situation de monopole, elle détient forcément une position dominante ; et que le monopole peut consister en un monopole de fait ou un monopole de droit⁶¹⁷.

296. Cet élément de la détermination de la position dominante permet de procéder à une comparaison avec le droit de l'OMC car les monopoles occupent une place non négligeable au sein de celui-ci. En effet, il existe dans le GATT et l'AGCS des dispositions relatives à la matière.

⁶¹¹ Nous rappelons que les pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6 du Code de commerce, ont été abrogées par la loi LME du 4 août 2008.

⁶¹² CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/Commission*, aff. C-27/76, Rec. CJCE, 1978, p. 207.

⁶¹³ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. CJCE, 1979, p. 461.

⁶¹⁴ Valérie PRONON, opt. cit., p. 80-81 ; Jean-Bernard BLAISE, *Droit des affaires*, L.G.D.J., 7^{ème} éd., septembre 2013, p. 398-399.

⁶¹⁵ Paris 13 avril 1999, SA Dectra et autres : BOCCRF, 12 mai, p. 154 ; Rev. Lamy dr. aff. 1999, n° 1132, obs. P. Storrer ; Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 281.

⁶¹⁶ *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Concurrence, Consommation*, 2015/2016, n° 21460, p. 556 et s.

⁶¹⁷ *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Concurrence, Consommation*, opt. cit., n° 21480, p. 556. Pour les notions de monopole de fait ou monopole légal, V. : CJCE, 13 juillet 1989, *Tournier*, aff. 395/87, Rec. CJCE, p. 2521 ; CJCE, CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. 260/89, Rec. CJCE, I, p. 2925.

297. L'AGCS représente le texte qui traite le plus largement de la question, en consacrant un article entier aux « *Monopoles et fournisseurs exclusifs de services* ». Il s'agit de son article VIII dont le paragraphe 1 dispose que « *chaque Membre fera en sorte que tout 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 au titre de l'article II et ses engagements spécifiques* ». Nous rappelons que l'article II ainsi visé porte sur le principe du traitement de la nation la plus favorisée et que nous déjà expliqué dans la section précédente qu'il traduisait une obligation de traitement non moins favorable.

298. Cette précision étant faite, les dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII susmentionné imposent aux États membres de l'OMC de ne pas laisser des fournisseurs de service détenant un monopole, agir d'une manière contraire au principe du traitement de la nation la plus favorisée et aux engagements spécifiques des États. Le paragraphe 2 leur indique clairement de combattre l'abus de position dominante en ces termes : « *dans le cas où tout fournisseur monopolistique d'un Membre entrera en concurrence, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société affiliée, pour la fourniture d'un service se situant hors du champ de ses droits monopolistiques et faisant l'objet d'engagements spécifiques de la part dudit Membre, le Membre fera en sorte que ce fournisseur n'abuse pas de sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec ces engagements* ». Même si ce sont les États qui sont destinataires de ce texte, il est relativement aisé de percevoir qu'il concerne également les entreprises, mais de façon indirecte. L'emploi du mot « société » en constitue la preuve patente.

299. La position dominante, telle que prévue en l'espèce, ressemble à celle régie par le droit français et européen de la concurrence, en ce sens que la prohibition ne concerne pas la position monopolistique elle-même mais l'abus de celle-ci.

300. Outre les dispositions qui viennent d'être détaillées, il est un autre texte contenant des éléments relatif à l'existence d'un monopole. Un peu moins pertinent que l'article VIII de l'AGCS, il s'agit de l'article XVII du GATT intitulé « *Entreprises commerciales d'État* ». Son intérêt réside dans le fait qu'il s'adresse aux entreprises bénéficiant de privilèges exclusifs ou spéciaux car l'octroi de tels droits entraîne la naissance d'un monopole, surtout en ce qui concerne les privilèges exclusifs.

301. Tous ces éléments témoignent de la prise en compte des pratiques anticoncurrentielles par les différentes règles de l'OMC. Le constat se renforce à partir du moment où, en s'appuyant sur la définition de la notion de pratiques anticoncurrentielles, d'autres dispositions, qui n'ont pas exactement d'équivalent en droit interne, peuvent être dégagées et étoffer, de ce fait, la liste de la réglementation ayant trait à la matière.

B/ Les pratiques anticoncurrentielles régies par le dispositif de l'OMC

302. Même si en droit français et européen de la concurrence, la notion de pratiques anticoncurrentielles désigne une expression consacrée par les textes dont l'emploi est généralement réservé aux ententes illicites et abus de position dominante, nous avons pu constater dans la partie portant sur la définition de pratiques anticoncurrentielles que le critère principal employé par la doctrine pour qualifier lesdites pratiques est large, et suppose que la notion n'est pas fermée. En effet, ce qui caractérise les pratiques anticoncurrentielles, c'est leur « *effet sur un marché dont elles faussent le mécanisme en affectant globalement le degré de concurrence qui doit y régner* » ; elles ne sont prohibées qu'en considération de cet effet négatif⁶¹⁸. Partant donc du fait qu'est une pratique anticoncurrentielle tout comportement susceptible d'entamer sérieusement le libre jeu de la concurrence sur un marché donné, il est possible de déceler dans les accords de l'OMC, outre les textes évoqués plus haut concernant l'abus de position dominante, d'autres règles régissant cette matière. Et c'est du côté de l'AGCS que l'on retrouve les dispositions les plus pertinentes. Son article IX prévoit en son premier paragraphe que « *les Membres reconnaissent que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services, autres que celles qui relèvent de l'article VIII, peuvent limiter la concurrence et par là restreindre le commerce des services* ». Le paragraphe 2 invite les États membres de l'OMC à accueillir toute demande de consultations émanant d'un autre membre et visant à éliminer les pratiques en question. Un autre texte, annexé à ce même Accord AGCS, l'Accord sur les télécommunications de base (ATB), contient des éléments beaucoup plus détaillé⁶¹⁹. Les États ayant participé à cette négociation sectorielle se sont entendus sur un ensemble de principes en matière de concurrence qui sont énoncés dans un acte appelé

⁶¹⁸ Lamy Droit de l'entreprise, opt. cit., n° 1316, p. 898.

⁶¹⁹ AGCS : Annexe sur les télécommunications et Annexe sur les négociations sur les télécommunications de base, p. 355-361 (disponibles sur le site internet de l'OMC : http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats.pdf).

*Document référence*⁶²⁰ et annexé à l'Accord ATB⁶²¹. Ce document de référence contient un certain nombre de dispositions destinées à la prévention des pratiques anticoncurrentielles. Dans son article premier sur la sauvegarde en matière de concurrence, il dispose que « *des mesures appropriées seront appliquées en vue d'empêcher des fournisseurs qui, seuls ou ensemble, sont un fournisseur principal, d'adopter ou de maintenir des pratiques anticoncurrentielles* »⁶²². Le texte ne se limite pas à la simple édicition d'une obligation de mise en place de mesures propres à éviter les situations dans lesquelles un fournisseur principal peut adopter ou maintenir des pratiques anticoncurrentielles. Il précise en plus la nature des pratiques ciblées. Selon le paragraphe 1.2 de l'article susmentionné, il s'agit de pratiques consistant particulièrement : « *a) à pratiquer un subventionnement croisé anticoncurrentiel ; b) à utiliser des renseignements obtenus auprès de concurrents d'une manière qui donne des résultats anticoncurrentiels ; et c) à ne pas mettre à la disposition des autres fournisseurs de services en temps opportun les renseignements techniques sur les installations essentielles et les renseignements commercialement pertinents qui leur sont nécessaires pour fournir des services* ». En sus de régir les pratiques anticoncurrentielles, le document de référence prévoit des règles garantissant l'accès au marché des télécommunications, en exigeant des États membres qu'ils fassent en sorte que le fournisseur principal assure l'interconnexion des fournisseurs concurrents avec son réseau dans tous les cas où cela est possible techniquement, dans des conditions et tarifs non discriminatoires et d'une qualité non moins favorable que celle assurée par ledit fournisseur principal, le tout dans le respect d'une certaine transparence⁶²³. Il est ainsi relativement aisé de percevoir que l'esprit de ces règles vise à s'assurer que le fournisseur principal, correspondant généralement à une entreprise qui bénéficiait d'un monopole légal, ne soit pas le seul à bénéficier de la libéralisation du marché des télécommunications au détriment de concurrents qui cherchent à en profiter. Faisant le lien avec l'article VIII de l'AGCS, Monsieur Benoît Merkt en déduit un « *droit de la concurrence sui generis* » dans un secteur particulier⁶²⁴. Selon lui, lorsqu'un fournisseur principal se trouve en situation de monopole ou bénéficie de droits spéciaux, « *les*

⁶²⁰ Document de référence sur les télécommunications de base, 24 avril 1996 : http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/telecom_f/tel23_f.htm.

⁶²¹ OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, *Dispositions de l'OMC qui touchent à la concurrence*, Note informelle du Secrétariat, 17 juin 1997, p. 5, in Benoît MERKT, opt. cit., p. 79-80.

⁶²² Paragraphe 1.1 de l'article 1 du Document de référence.

⁶²³ Article 2 du Document de référence ; Walid ABELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 245-246 ; Benoît MERKT, opt. cit., p. 81.

⁶²⁴ Benoît MERKT, opt. cit., p. 80.

*obligations du document de référence complètent celles de l'article 8 GATS [AGCS en anglais] »⁶²⁵. Nous partageons entièrement cette analyse qui démontre l'idée d'une certaine cohérence entre les règles de concurrence insérées dans les accords de l'OMC. En attendant de creuser davantage le sujet dans nos développements ultérieurs, attardons-nous sur un autre texte contenant des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Nous pensons bien évidemment à l'Accord sur les ADPIC qui consacre une section entière à la question. Il s'agit de la section 8 intitulée « *Contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles* ». L'article 40, unique article de cette section mais très exhaustif, énonce en son paragraphe 1 que « *les Membres conviennent que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologie* ». Par le biais de ce texte, il est non seulement identifié une catégorie de pratiques anticoncurrentielles consistant en des conditions ou pratiques liées à la concession de licences portant sur les droits de propriété intellectuelle, mais également l'effet néfaste que provoque leur caractère anticoncurrentiel sur les échanges ainsi que les transferts de technologie. Le paragraphe 2 autorise les États membres à spécifier, dans leurs droits respectifs, les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui peuvent constituer dans des cas particuliers, un « *usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré* ». Il leur laisse le choix d'adopter les mesures appropriées visant la prévention et le contrôle de ces pratiques, mais les guide en indiquant, par exemple, ce qui pourrait constituer un cas de limitation de la concurrence dans les contrats de licence. Trois illustrations sont ainsi fournies : des « *clauses de rétrocession exclusives* », des « *conditions empêchant la contestation de la validité* » ou un « *régime coercitif de licences groupées* ». Malgré toutes ses dispositions à visées concurrentielles, certains auteurs, comme Monsieur Walid Abdelgawad, considèrent cet article 40 de l'Accord sur les ADPIC comme un texte qui ne traduit « *aucun encadrement fiable du droit de la concurrence et demeure dépourvu d'intérêt significatif sur le plan multilatéral* »⁶²⁶. Bien que les critiques soient fondées, le texte présente toujours un intérêt pour une étude qui vise à démontrer l'existence de règles matérielles de concurrence dans les accords de l'OMC et, par voie de conséquence, un droit de la concurrence au sein de l'Organisation. Il a le mérite de poser, dans un cadre multilatéral, l'interdiction d'une*

⁶²⁵ Benoît MERKT, opt. cit., p. 80.

⁶²⁶ Walid ABELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 249.

catégorie particulière de pratiques anticoncurrentielles, celles qui limitent la concurrence dans les échanges portant sur les droits de propriété intellectuelle, et d'avoir entrepris des initiatives visant à les combattre sérieusement. Associé à l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC, ils forment un corps de règles cohérentes, dédiées à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la propriété intellectuelle. D'autres dispositions encadrant d'autres comportements dans le cadre de la politique commerciale, peuvent également s'ajouter à la liste des règles de concurrence de l'OMC.

303. Il s'agit de ce que l'on appelle communément les « *mesures de défense commerciale* »⁶²⁷. Elles consistent en des dispositions de sauvegarde, d'antidumping, ainsi que de mesures compensatoires contre les subventions. Et il existe, dans le dispositif de l'OMC, des accords prohibant l'édiction déloyale de telles mesures afin de préserver la concurrence. Selon Monsieur Habib Gherari, hormis les sauvegardes qui doivent être écartées du fait qu'elles ne constituent pas *a priori* des pratiques déloyales, le dumping et les subventions désignent « des pratiques anticoncurrentielles émanant respectivement des entreprises et des États »⁶²⁸. Leur évocation dans le cadre de la présente subdivision portant sur l'identification des pratiques anticoncurrentielles régies par les textes de l'OMC est donc largement justifiée, d'autant plus que les textes qui les encadrent font partie des accords les plus fréquemment invoqués devant l'ORD⁶²⁹.

304. Concernant d'abord le dumping, il a déjà fait l'objet d'une définition dans le cadre de l'étude sur la concurrence déloyale⁶³⁰. Il est régi par l'article VI du GATT, complété par un accord spécifique, l'« Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 », appelé communément Accord antidumping⁶³¹. Ils autorisent les États membres, en cas de présence d'un dumping, à mettre en place des mesures antidumping afin de le neutraliser. Pour éviter que ces mesures de défense commerciale ne soient utilisées à des fins protectionnistes, ils les encadrent en

⁶²⁷ Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 309 ; Walid ABELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 240.

⁶²⁸ Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 310.

⁶²⁹ Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 310.

⁶³⁰ Cf. A/, paragraphe I, Section 2 du présent chapitre.

⁶³¹ Cf. A/, paragraphe I, Section 2 du présent chapitre.

prenant en compte les règles de concurrence⁶³². La disposition qui reflète le plus cette prise en considération des règles de concurrence se trouve au niveau de l'article 3 de l'Accord antidumping. Elle prévoit que lors de l'établissement du « *lien de causalité entre les importations faisant l'objet d'un dumping* » et le « *dommage causé à la branche de production nationale* », les États concernés sont également tenus d'examiner tous les autres dommages causés par d' « *autres facteurs qui ne devront pas être imputés aux importations faisant l'objet d'un dumping* », comme par exemple, les « *pratiques commerciales restrictives des producteurs étrangers et nationaux et la concurrence entre ces mêmes producteurs* »⁶³³.

305. En ce qui concerne les subventions, le paragraphe 5 de l'article 15 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) applique la même technique que l'article 3 de l'Accord antidumping pour déterminer le lien de causalité entre les « *importations subventionnées* » et « *le dommage causé à [une] branche de production nationale* »⁶³⁴.

306. Les dispositions les plus pertinentes en matière de concurrence ayant relativement fait l'objet d'un examen global, il serait intéressant de les confronter aux théories sur la formation d'un droit de la concurrence.

III - De l'analyse des règles concurrentielles de l'OMC en fonction des différentes théories sur la formation d'un droit de la concurrence

307. L'étude détaillée des accords de l'OMC a permis de dégager une certitude : ils contiennent bel et bien des dispositions portant sur la concurrence. Certaines plus fournies que d'autres, l'ensemble régit un éventail de domaines variés, comparables aux matières classiques formant l'objet des droits nationaux sur la concurrence. Des principes de l'interdiction des discriminations, à l'obligation de respect de la transparence, en passant par des règles matérielles sanctionnant la concurrence déloyale ainsi que les pratiques

⁶³² Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 310 ; Walid ABELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 240.

⁶³³ Paragraphe 5 de l'article 3 de l'Accord antidumping ; Walid ABELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 240.

⁶³⁴ Paragraphe 5 de l'article 15 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.

anticoncurrentielles, tous ces éléments se retrouvent dans les différents textes de l'Organisation. Mais cela est-il suffisant pour conclure à l'existence d'un droit de la concurrence ? Tout dépend de la conception que l'on se fait du droit de la concurrence. Et deux théories sont possibles en la matière.

308. La première théorie est celle qui consiste à faire dépendre l'existence d'un droit de la concurrence de celle d'une politique de concurrence autonome avec un ordre concurrentiel bien structuré. C'est cette théorie qui est prônée par la doctrine qui n'admet pas l'existence d'un droit de la concurrence au sein de l'OMC au motif que celle-ci ne dispose pas d'un accord autonome relatif à la concurrence et que les quelques règles qui font référence à la matière sont dispersées et n'abordent pas la question de manière directe⁶³⁵. Comme le soutient Monsieur Walid Abdelgawad, « *tout se passe comme si ces accords traduisaient des règles internationales de concurrence sans droit international de la concurrence* »⁶³⁶. Il est, par ailleurs, reproché à ces règles le fait d'accorder la priorité à la protection des intérêts des concurrents et des producteurs et non à la protection de la concurrence en soi et des intérêts des consommateurs⁶³⁷.

309. Donc, selon cette théorie, le caractère sectoriel de ces règles de concurrence et l'absence de cohérence entre elles empêchent l'établissement d'un véritable ordre concurrentiel permettant le développement d'une politique de concurrence⁶³⁸. Présentée ainsi, elle paraît difficilement critiquable ; d'ailleurs, nous ne cherchons pas à la remettre en cause car nous la partageons également. Néanmoins, cela n'empêche pas de proposer une autre approche.

310. Cette deuxième théorie consiste à opérer une distinction entre droit et politique de concurrence ; le premier visant la permission et le maintien des situations de concurrence, et la seconde faisant référence à la manière d'appliquer les règles de concurrence en prenant en compte le contexte⁶³⁹. Pris isolément, le droit de la concurrence désigne « *l'ensemble des*

⁶³⁵ Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 292 ; Hanns ULLRICH, art. cit., p. 75-77 ; Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 239 et s. ; Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 168-169.

⁶³⁶ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 239.

⁶³⁷ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 266-267.

⁶³⁸ V. Hanns ULLRICH, art. cit., p. 76-77.

⁶³⁹ Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 780, p. 256-257.

règles juridiques de concurrence »⁶⁴⁰. Ayant démontré la présence de règles juridiques de concurrence dans le dispositif juridique de l'OMC, nous pouvons déduire que ces règles, considérées dans leur intégralité et non séparément, forment un droit de la concurrence au sein de l'institution. Et Monsieur Benoît Merkt semble partager le même avis que nous lorsqu'il déclare que « *le droit de la concurrence fait une apparition, timide et fragmentaire dans différents Accords de l'OMC* »⁶⁴¹. Cette thèse est d'autant plus convaincante que, malgré les critiques bien fondées, relatives à l'absence de cohérence entre les textes en question, on arrive à déceler une finalité commune. En effet, une analyse par rapport à leur but permet de constater que les règles de concurrence de l'OMC sont subordonnées à la finalité des accords d'échanges dans lesquels elles sont incorporées⁶⁴². Elles visent à ce que les avantages tirés de l'accord ayant libéré un secteur donné ne soient pas compromis par des discriminations, des dumpings et des pratiques anticoncurrentielles⁶⁴³. En d'autres termes, elles cherchent à garantir l'accès au marché. Tout cela donne l'impression que les règles susmentionnées s'inscrivent dans une politique de concurrence qui s'inscrit elle-même dans la politique générale de l'OMC. Le constat rejoint une idée proche, développée par Monsieur Pierre Arhel, qui considère que la politique de concurrence est présente dans les travaux de l'OMC de « *façon potentielle, dans les trois autres activités de l'OMC, à savoir la mise en œuvre des accords existants, le règlement des différends et l'assistance technique* »⁶⁴⁴.

311. En guise de conclusion, nous dirons que l'OMC dispose d'un droit de la concurrence élémentaire, axé principalement sur les comportements étatiques. La pertinence de son cadre pour traiter des problèmes de concurrence internationale est donc justifiée, puisqu'elle s'occupe déjà de ces questions. Cela est d'autant plus vrai qu'elle dispose d'une juridiction qui garantit la mise en œuvre d'un tel droit. Mais est-ce suffisant pour conclure à sa capacité à prendre en charge tous les comportements anticoncurrentiels nés de la mondialisation économique ?

⁶⁴⁰ Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 1.

⁶⁴¹ Benoît MERKT, opt. cit., p. 70.

⁶⁴² Hanns ULLRICH, art. cit., p. 76.

⁶⁴³ Michèle RIOUX, « L'accès aux marchés et la concurrence », art. cit., p. 121 ; Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 266.

⁶⁴⁴ Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », art. cit., p. 276. V. également : OMC, *Rapport (2001) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 8 octobre 2001, WT/WGTCP/5, p. 42.

312. L'étude de l'ORD, ainsi que ses décisions, contribuera à la consolidation de la théorie de l'existence d'un « droit de la concurrence OMC », critère de pertinence du cadre de l'Organisation, et donnera également des précisions sur son champ d'application.

CHAPITRE 2 : UNE JURIDICTION CHARGÉE DE L'APPLICATION DU DROIT DE L'OMC

313. La pertinence du cadre de l'OMC pour une recherche de régulation de la concurrence internationale suppose qu'elle soit outillée afin d'y faire face. Le droit de la concurrence désigne un outil de légitimation par excellence. Mais sans la présence d'une autorité chargée de leur application, il serait difficile de soutenir que les règles de concurrence incorporées dans les accords de l'OMC forment un droit de la concurrence. Car la seule présence de règles concurrentielles ne suffit pas, il faut aussi prévoir un moyen de garantir leur mise en œuvre et de sanctionner leur transgression. C'est ce que l'on observe dans toutes les entités juridiques disposant d'un droit de la concurrence autonome, comme les États ou certaines organisations telles que l'Union européenne.

314. La présence, au niveau de l'OMC, d'un organe de règlement des différends (ORD) chargé de l'application des règles de concurrence ainsi que de toutes les autres dispositions, consolide la théorie de l'existence d'un droit de la concurrence au sein de l'institution. Certes, son caractère juridictionnel ne fait pas l'unanimité⁶⁴⁵ ; néanmoins, il rend des décisions contraignantes, susceptibles de faire l'objet d'un recours par voie d'appel. Ce qui permet de constituer une jurisprudence, complément indispensable de tout droit de la concurrence digne de ce nom. La règle est d'ailleurs valable pour n'importe quel autre droit.

315. L'ORD a été institué avec l'adoption, par les États membres de l'OMC, du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (ci-après, le *Mémorandum d'accord*)⁶⁴⁶. Mais le mécanisme de règlement des différends existait déjà dans le cadre du GATT de 1947 ; il était régi par les articles XXII et XXIII de cet accord. Son développement avait été bloqué par l'impossibilité d'adopter les décisions, due à une absence de consensus, qui « *était alors le mode "coutumier" de prise de décision* »⁶⁴⁷. Avec l'OMC, les choses ont changé. Le système est désormais fondé sur des règles bien définies, assorties d'un calendrier très précis pour le traitement des affaires⁶⁴⁸. Afin de remédier aux

⁶⁴⁵ Nous exposerons les différentes thèses en la matière dans la partie consacrée à l'étude de la nature de l'ORD.

⁶⁴⁶ Ce texte figure à l'annexe 2 de l'Accord OMC.

⁶⁴⁷ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 5^{ème} éd., mars 2013, p. 93 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 61.

⁶⁴⁸ OMC, « Une contribution sans précédent » : site internet de l'OMC, rubrique « Comprendre l'OMC : Règlement des différends », www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/displ_f.htm (consulté le 02/11/2013) ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 61 et s.

blocages d'autrefois, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont considérés comme adoptés sauf si l'ORD décide du contraire par voie de consensus⁶⁴⁹. Qualifiée communément de technique du « *consensus négatif* »⁶⁵⁰, cette règle contribue certainement à la fluidité de fonctionnement du mécanisme mis en place, ainsi qu'à son efficacité de façon générale. Elle désigne surtout un critère permettant d'apprécier l'ampleur de la « *fonction juridictionnelle* » d'un organe considéré comme « *fondamentalement politique* »⁶⁵¹. Cela s'observe à travers la manière dont le système de règlement des différends est organisé. On ne saurait donc parler de mise en œuvre des règles de concurrence de l'OMC (section 2), sans appréhender le mécanisme dans son ensemble (section 1).

Section 1 : Le système de règlement des différends de l'OMC

316. Perçu par certains commentateurs comme la « *pierre angulaire du système commercial multilatéral* »⁶⁵², ou la « *clef de voûte du système commercial multilatéral* » par d'autres⁶⁵³, le mécanisme de règlement des différends institué par le Mémoire d'accord, vise à « *assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral* »⁶⁵⁴. Il a vocation à s'appliquer à l'ensemble des différends nés des accords multilatéraux et plurilatéraux de l'OMC (article 1^{er} du Mémoire d'accord), ce qui inclut donc les dispositions exposées dans le précédent chapitre, et qui ont trait à la concurrence. Il est administré par l'ORD, une instance composée de tous les États membres de l'OMC. C'est le Conseil général siégeant à un autre titre⁶⁵⁵. Pour accomplir sa mission, l'article 2.1 du Mémoire d'accord lui attribue le pouvoir d'établir des groupes spéciaux, d'adopter les rapports de ces derniers et de ceux de l'Organe d'appel, d'assurer la surveillance de la mise en œuvre des décisions et recommandations, et d'autoriser les sanctions. Autrement dit, l'ensemble du mécanisme est chapeauté par l'ORD, et c'est lui qui détient le « dernier mot », car ce n'est qu'après qu'il les adopte que les différentes décisions et recommandations issues

⁶⁴⁹ Article 16.4 du Mémoire d'accord ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 94.

⁶⁵⁰ Jacques BEGUIN et Michel MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, 2^{ème} éd., novembre 2011, p. 96.

⁶⁵¹ Virgile PACE, opt. cit., p. 218.

⁶⁵² Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 61.

⁶⁵³ OMC, « Une contribution sans précédent » : site internet de l'OMC, rubrique « Comprendre l'OMC : Règlement des différends », www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/disp1_f.htm (consulté le 02/11/2013).

⁶⁵⁴ Article 3.2 du Mémoire d'accord.

⁶⁵⁵ OMC, « Une contribution sans précédent » : site internet de l'OMC, rubrique « Comprendre l'OMC : Règlement des différends », www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/disp1_f.htm (consulté le 02/11/2013).

des procédures de règlement acquièrent une valeur obligatoire⁶⁵⁶. Présenté ainsi, le système ne fait pas penser de prime abord à une quelconque procédure juridictionnelle, en ce sens que l'ORD désigne un organe plénier ayant une « *allure politique* »⁶⁵⁷, fonctionnant selon une « *logique de délibération diplomatique* »⁶⁵⁸. Mais observé de plus près, il tend plus vers le côté juridique que le politique, au moins pour deux raisons valables. D'abord, la règle du consensus négatif induit une adoption automatique des décisions, qui limite considérablement les marges de manœuvres de l'ORD : comme le souligne Messieurs Béguin et Menjucq, « *il se borne à entériner les positions prises par les organes qui ont traité l'affaire, après que les Membres aient échoué à la régler par voie de négociations directes* »⁶⁵⁹. La deuxième raison a trait à la présence d'un Organe d'appel permanent, chargé uniquement des questions de droit⁶⁶⁰.

317. Si le constat selon lequel le système de règlement des différends de l'OMC représente un mécanisme fondé sur le droit ne fait l'objet d'aucun débat, sa nature juridique suscite, en revanche, beaucoup de réactions divergentes. Avant d'exposer les diverses positions doctrinales (II), puis d'étayer les différentes phases de la procédure (III), procédons d'abord à une présentation générale des principales caractéristiques du système en question (I).

I - Les caractéristiques du système de règlement des différends

318. Institutionnalisant la « *pratique coutumière* » développée dans le cadre des articles XXII et XXIII du GATT de 1947, et renforçant les lacunes de son prédécesseur, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC présente plusieurs caractéristiques qui convergent toutes vers un trait de caractère principal, à savoir un « *système résolument légaliste* »⁶⁶¹. En adoptant le Mémoire d'accord, les États membres ont exprimé leur

⁶⁵⁶ Virgile PACE, opt. cit. p. 218-219 ; Jacques BEGUIN et Michel MENJUCQ (dir.), opt. cit., p. 95-96.

⁶⁵⁷ Jacques BEGUIN et Michel MENJUCQ (dir.), opt. cit., p. 95 ; Jacques MESTRE, Marie-Eve PANCRAZI, Isabelle ARNAUD-GROSSI, Laure MERLAND et Nancy TAGLIARINO-VIGNAL, *Droit commercial – Droit interne et aspects de droit international*, L.G.D.J., 29^{ème} éd., 2012, p. 1193.

⁶⁵⁸ Vilaysoun LOUNGNARATH, « Le mécanisme de règlement des différends », in Christian DEBLOCK (dir.), opt. cit., p. 55.

⁶⁵⁹ Jacques BEGUIN et Michel MENJUCQ (dir.), opt. cit., p. 96.

⁶⁶⁰ Article 17 du Mémoire d'accord ; Thiébaud FLORY, *L'Organisation mondiale du commerce*, Bruylant, 1999, p. 21.

⁶⁶¹ Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 61 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 11 et s.

choix de régler leurs différends par le truchement d'un dispositif fondé sur le droit. Et tel que l'explique Monsieur Olivier Blin dans ses propos introductifs lors d'une journée d'étude sur le thème du règlement des différends de l'OMC, ce dispositif est « *un véritable système* » et non un « *bric-à-brac* »⁶⁶². L'emploi du terme « système » par un juriste renvoie à un ensemble bien structuré, qui présente une certaine cohérence, voire même qui s'auto-suffit. Il est usité fréquemment pour désigner les règles et fonctionnement juridiques d'un pays ou d'une institution. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC constitue donc un système juridique présentant plusieurs caractères dont les principaux reposent sur le fait qu'il s'agit d'un mécanisme intégré, interétatique, et tourné vers la recherche d'une solution positive des différends⁶⁶³.

319. Concernant le premier caractère, il résulte de deux éléments : le constat de l'incorporation de toutes les règles et procédures au sein d'un instrument unique, ainsi que l'application de celui-ci à l'ensemble des différends nés des accords de l'OMC. C'est ce que Messieurs Carreau et Juillard qualifient de « *mécanisme global* », qui se distingue par sa vocation généralisée et l'unification des dispositifs de règlement des litiges⁶⁶⁴. En effet, comme indiqué au début de la présente section, le Mémorandum d'accord prévoit que la procédure de règlement des différends qu'il établit s'applique, sous quelques exceptions et réserves, à l'Accord instituant l'OMC ainsi qu'à l'ensemble des accords multilatéraux et plurilatéraux. Précisément, son article 1^{er} vise les accords énumérés aux Appendices 1 et 2. L'Appendice 1 liste successivement l'Accord instituant l'OMC, les accords commerciaux multilatéraux relatifs au commerce des marchandises, des services, et aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce, le Mémorandum d'accord, et les accords commerciaux plurilatéraux concernant le commerce des aéronefs civils, les marchés publics, le secteur laitier, ainsi que la viande bovine. Pour les trois premières catégories, le mécanisme de règlement des différends s'applique automatiquement⁶⁶⁵. Pour la dernière catégorie, c'est-à-dire les accords commerciaux plurilatéraux, l'Appendice 1, in fine, dispose que « *l'applicabilité* » du Mémorandum d'accord « *sera subordonnée à l'adoption, par les parties à chacun des accords, d'une décision établissant les modalités d'application du*

⁶⁶² Olivier BLIN, « Propos introductifs », in Olivier BLIN (dir.), *Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Actes de colloque, 1^{er} décembre 2006, Toulouse, IRDEIC, Bruylant, 2009, p. 2.

⁶⁶³ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », JDI, 1997, p. 718-730 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 11-25 ; Olivier BLIN, art. cit., p. 2-7.

⁶⁶⁴ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 99-102. V. également : Olivier BLIN, art. cit., p. 3 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 11-16.

⁶⁶⁵ Article 1^{er} et Appendice 1 du Mémorandum d'accord ; Olivier BLIN, art. cit., p. 3.

Mémorandum d'accord à l'accord en question ». En d'autres termes, la procédure de règlement des différends ne s'impose pas à eux de façon automatique, les parties doivent exprimer leur volonté d'assujettir leur accord plurilatéral au mécanisme général de règlement des différends⁶⁶⁶. Hormis ces cas où le texte accorde une place à la volonté des parties, le système de règlement des différends met en place une procédure unique applicable à la quasi-totalité des accords de l'OMC⁶⁶⁷, et qui brille par son « *caractère contraignant* »⁶⁶⁸.

320. D'aucuns ont pu qualifier cette procédure de « *droit commun* »⁶⁶⁹, par opposition aux procédures spéciales énoncées dans les accords visés par l'Appendice 2 du Mémorandum d'accord. Effectivement, le paragraphe 2 de l'article 1^{er} du Mémorandum d'accord en question dispose que le mécanisme général de règlement des différends s'appliquera « *sous réserve des règles et procédures spéciales ou additionnelles relatives au règlement des différends contenues dans les accords visés qui sont récapitulées à l'Appendice 2 du présent mémorandum d'accord* ». Il pose ainsi une règle de coexistence de deux procédures pour litiges qui naîtront des accords énumérés dans l'Appendice 2 : le mécanisme général ou droit commun d'un côté, et les mécanismes spéciaux d'un autre⁶⁷⁰. La formulation aurait pu constituer une source potentielle de conflits de règles, mais le texte a tout prévu : en cas de conflit entre règles générales et dispositions spéciales, ce sont les dernières qui prévaudront⁶⁷¹. Par ce biais, la qualification de système trouve tout son sens. Une cohérence se dégage entre les règles, et l'ensemble du dispositif paraît très bien organisé. En somme, la mise en place d'un mécanisme unique ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des litiges commerciaux entre les États membres de l'OMC, cumulée à une codification des règles de procédure au sein d'un seul instrument juridique, illustrent parfaitement le caractère « *intégré* » du système en question⁶⁷².

321. En ce qui concerne le caractère interétatique du mécanisme de règlement des différends, il découle du principe de l'accord unique : le Mémorandum d'accord étant une annexe de l'Accord instituant l'OMC, il s'adresse uniquement aux membres de l'Organisation, qui sont essentiellement les États ou, selon l'article XII de l'accord

⁶⁶⁶ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *opt. cit.*, p. 100.

⁶⁶⁷ Eric CANAL-FORGUES, « Le système de règlement des différends de l'OMC », in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges*, Actes de colloque, 1^{er} -3 juin 1995, Nice, Pedone, 1996, p. 287-288.

⁶⁶⁸ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *art. cit.*, p. 717.

⁶⁶⁹ Olivier BLIN, *art. cit.*, p. 3.

⁶⁷⁰ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *opt. cit.*, p. 100-101.

⁶⁷¹ Article 1.2 du Mémorandum d'accord.

⁶⁷² Eric CANAL-FORGUES, *opt. cit.*, p. 11.

susmentionné, « *tout territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures* »⁶⁷³. Donc eux seuls sont habilités à utiliser le dispositif⁶⁷⁴. Cela a été rappelé par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – crevettes*, en déclarant que « *seuls les Membres de l'Organisation ont accès au processus de règlement des différends [...]. Seuls les Membres peuvent devenir parties à un différend dont un groupe spécial est saisi, et seuls les Membres qui ont « un intérêt substantiel dans une affaire portée devant un groupe spécial »* peuvent être tierces parties dans la procédure de ce groupe spécial »⁶⁷⁵. Il l'a réaffirmé dans l'affaire *États-Unis – Imposition de droits compensateurs*⁶⁷⁶. Le mécanisme de règlement des différends est ainsi fermé aux acteurs non étatiques. Cependant, la pratique conduit à adopter une analyse un peu plus fine, car les acteurs privés ne sont pas totalement exclus. Ils sont d'ailleurs bien présents, en ce sens que la plupart des plaintes et manquements proviennent de leurs faits, quand bien même la procédure demeurerait toujours conduite par les États dont ils dépendent⁶⁷⁷. Le contentieux du commerce international est peut-être formellement interétatique, néanmoins il oppose en réalité des commerçants dont la majorité n'est plus actuellement les États, mais des opérateurs économiques privés⁶⁷⁸. Selon Monsieur Éric Canal-Forgues, « *bon nombre des avantages qui sont censés résulter pour les Membres de l'acceptation des accords de l'OMC dépendent en réalité de l'activité des agents économiques sur les marchés nationaux et mondiaux* »⁶⁷⁹. Par conséquent, à l'origine des différends commerciaux qui vont naître entre les États et qui pousseront ces derniers à activer le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, se trouvent souvent des litiges privés. Il est donc intéressant de souligner que le mécanisme s'adresse également aux personnes privées, fût-ce de façon indirecte. Une autre place leur est reconnue par ailleurs, cette fois-ci de manière directe. Il s'agit du rôle d'*amicus curiae*⁶⁸⁰. Reconnue par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* déjà citée⁶⁸¹, la pratique de l'*amicus curiae* permet à certains acteurs privés, généralement des Organisations non

⁶⁷³ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 18-21; Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p.729-730 ; Olivier BLIN, art. cit., p. 2.

⁶⁷⁴ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 95. Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 729.

⁶⁷⁵ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, paragraphe 101, p. 38-39.

⁶⁷⁶ *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS138/AB/R, 10 mai 2000, paragraphe 40, p. 16.

⁶⁷⁷ Pierre-Alain GOURION, Georges PEYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, opt. cit., p. 81.

⁶⁷⁸ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 18-19.s

⁶⁷⁹ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 18-19.

⁶⁸⁰ Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 79 ; Olivier BLIN, art. cit., 3; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 22-23.

⁶⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS58/AB/R, paragraphe 108, p. 41-42.

gouvernementales (ONG), de soumettre des communications aux groupes spéciaux ou à l'Organe d'appel⁶⁸².

322. L'approche indirecte vis-à-vis des agents non étatiques étant signalée, il faut préciser que le caractère interétatique du système de règlement des différends s'observe aussi par son côté exclusif. Aux termes de l'article 23 du Mémoire d'accord, « *lorsque les Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord* » (paragraphe 1). Il pose ainsi un principe d'exclusivité du système⁶⁸³. Loin de s'arrêter à la simple consécration du principe, il va bien au-delà en énonçant, dans son paragraphe 2, l'interdiction des sanctions unilatérales. En d'autres termes, pour toutes les matières régies par les accords de l'OMC, aucun État membre ne dispose d'un droit de recourir à une quelconque sanction commerciale envers un autre membre afin de régler un conflit ; il doit s'en remettre au système de règlement des différends de l'Organisation⁶⁸⁴. Ce trait de caractère, outre le fait de ressortir l'aspect contraignant dudit système, pourrait, à lui seul, justifier en grande partie la pertinence du cadre de l'institution pour traiter des problèmes internationaux de concurrence. Dans le titre 1 de la première partie du présent ouvrage, nous avons évoqué tous les effets néfastes des solutions unilatérales, ainsi que la nécessité d'y apporter un remède par une voie multilatérale. La règle de l'exclusivité du système de règlement des différends présente le mérite de constituer une réponse multilatérale idoine à la question de l'unilatéralisme. Il ne reste plus qu'à savoir si les règles de concurrence composant le droit de l'OMC sont suffisamment complètes pour atteindre l'efficacité recherchée. En attendant d'approfondir le sujet dans la deuxième partie de la thèse, procédons à la présentation de la dernière caractéristique du processus de règlement des litiges, celle que Madame Hélène Ruiz Fabri qualifie de « *règlement d'intérêt* »⁶⁸⁵.

⁶⁸² Olivier BLIN, art. cit., 3 ; Brigitte STERN, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », RGDIP, 2003-2, pp. 257-301 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., 79.

⁶⁸³ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 719.

⁶⁸⁴ Thiébaud FLORY, opt. cit., p. 22 ; Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 719 ; Dominique CARREAU et Parick JUILLARD, opt. cit., p. 94-95.

⁶⁸⁵ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 718.

323. En effet, l'article 3 du Mémorandum d'accord prévoit expressément que « *le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable* » (paragraphe 7). Le mécanisme est ainsi axé sur la recherche d'une solution positive des différends, qui satisfasse les principaux protagonistes ; raison pour laquelle une place considérable est accordée à la recherche d'un accord amiable⁶⁸⁶. La recherche d'une solution négociée ne représente donc pas une simple option offerte aux parties pour trouver un arrangement amical, elle désigne à la fois une condition préalable et une finalité visée par le Mémorandum d'accord. Ce n'est qu'à défaut d'une solution mutuellement négociée, qu'une véritable procédure de règlement des différends va être activée⁶⁸⁷. La forme diplomatique que revêtent les conciliations obligatoires donne naturellement l'impression que le système de règlement des différends s'inscrit dans une logique politique, chose qui est d'ailleurs difficilement réfutable dans son intégralité. Cependant, d'aucuns ont affirmé qu'un « *principe de primauté du droit de l'OMC sur le règlement diplomatique des différends* » se dégage clairement du paragraphe 5 de l'article 3 du Mémorandum susmentionné, ce qui produit un effet de limitation importante de « *la marge de manœuvre des parties lors des négociations* » et fait « *écho au principe de juridicité* »⁶⁸⁸. Dans le même ordre d'idées, l'adoption automatique des rapports, induite par la règle du consensus négatif, influera certainement les comportements des parties pendant la phase des négociations⁶⁸⁹. Comme le souligne à juste titre Madame Hélène Ruiz Fabri, « *l'absence d'aléa concernant l'adoption peut en effet être de nature à restreindre la propension au compromis d'une partie dont la position est assurée* »⁶⁹⁰. Autrement dit, la partie qui est sûre de gagner ne sera pas encline à trouver coûte que coûte un accord amiable qui l'obligerait à faire des concessions, elle préférera la phase juridique, voire juridictionnelle, qui lui permettra d'obtenir des décisions contraignantes grâce à la règle du consensus négatif.

324. L'obligation faite aux États membres de l'OMC de privilégier la recherche d'une solution amiable doit ainsi s'analyser comme un critère de la finalité globale du

⁶⁸⁶ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 718 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 16 et s.

⁶⁸⁷ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 718 ; Vilaysoun LOUNGNARATH, art. cit., p. 55.

⁶⁸⁸ Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 68.

⁶⁸⁹ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 718-719.

⁶⁹⁰ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 719.

mécanisme de règlement des différends, consistant en la poursuite d'un règlement mutuellement acceptable, rapide et efficace⁶⁹¹. En revanche, les procédures composant ledit mécanisme présentent, selon Monsieur Éric Canal-Forgues, une « *allure générale [qui] plaide en faveur d'une effective juridictionnalisation* »⁶⁹². Souscrivant entièrement à cette thèse, nous pensons également que le système de règlement des différends de l'OMC présente un ensemble de critères qui tendent à le rapprocher d'un mécanisme juridictionnel. L'étude de la nature juridique du système en question permettra de mettre en exergue les différents points de vue sur le sujet.

II - La nature juridique du système de règlement des différends

325. Si tout le monde s'accorde à dire que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC désigne un système fondé sur le droit, les opinions divergent dès lors qu'il s'agit de déterminer sa nature juridique. Les qualificatifs ne manquent pas, et tournent essentiellement autour de trois notions : mécanisme « *sui generis* »⁶⁹³, « *quasi-jurisdiction* »⁶⁹⁴ ou « *jurisdiction* »⁶⁹⁵. La multiplication des termes employés démontre la complexité de la nature d'un système qui, tout en prévoyant des procédures à caractère juridictionnel, accorde néanmoins une place à la négociation diplomatique. La véritable question consiste finalement à savoir quel trait de caractère l'emporte sur l'autre. Trois courants se dégagent au sein de la doctrine : les partisans de l'approche quasi juridictionnelle, les sceptiques ou ceux qui réfutent l'approche juridictionnelle, et les tenants de l'approche juridictionnelle. Les premiers, qui paraissent majoritaires à notre sens, conviennent que le mécanisme de règlement des différends est constitué de procédures qui sont suffisamment juridictionnelles dans leur ensemble, mais la place attribuée à la conciliation diplomatique demeure conséquente pour ne pas la prendre en compte dans la détermination de la nature juridique dudit mécanisme. C'est le cas notamment de Monsieur Éric Canal-Forgues, de Monsieur Olivier Blin, ou encore de Monsieur Thiébaud Flory⁶⁹⁶. Pour les sceptiques, parmi lesquels Messieurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, la technique d'analyse fondée sur une distinction des phases de

⁶⁹¹ V. article 3.7 du Mémorandum d'accord ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 16.

⁶⁹² Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 16.

⁶⁹³ Thiébaud FLORY, opt. cit., p. 21.

⁶⁹⁴ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 25.

⁶⁹⁵ Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 239.

⁶⁹⁶ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 25 et s., Olivier BLIN, art. cit., p. 4 ; Thiébaud FLORY, opt. cit., p. 21. V. également : Vilaysoun LOUNGNARATH, art. cit., p. 55.

procédure en considérant les conciliations comme moins formelles et en retenant la phase des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel comme formelle n'est pas pertinente, car « *il y a du juridique* » et « *du politique* » dans toutes les phases⁶⁹⁷. En conséquence, ils soutiennent que « *le caractère juridictionnel [doit] être refusé* » aux prétendues phases formelles, en l'occurrence le groupe spécial et l'Organe d'appel⁶⁹⁸. Quant aux tenants de l'approche juridictionnelle, Madame Hélène Ruiz Fabri semble, de loin, celle qui défend le plus cette thèse avec clarté. Son article au titre très évocateur *Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit*⁶⁹⁹ suffit à lui seul pour témoigner de son point de vue tranché sur la question. D'autres auteurs, tous aussi catégoriques, comme Monsieur Henri Culot, Madame Patricia Rosiak, ou Monsieur Virgile PACE, abondent dans le sens de la reconnaissance du caractère juridictionnel du système de règlement des différends⁷⁰⁰. Contrairement aux autres courants, ils adoptent une démarche fondée sur une analyse équilibrée, qui accorde autant d'importance au fonctionnement effectif du mécanisme qu'aux textes. Convaincu que l'actuelle configuration du système de règlement des différends, ainsi que son fonctionnement, tendent plus vers une autorité juridictionnelle plutôt que politique, nous partageons également cette dernière approche. Mais avant de prendre définitivement parti dans ce débat doctrinal, il est inéluctable de voir ce que recouvre le terme de « juridiction ».

326. D'après le *Dictionnaire de la Justice* dirigé par Monsieur Loïc Cadiet, la notion de juridiction désigne : « *d'une part, un organe ayant l'aptitude à rendre des décisions de justice (tribunal, cour, conseil), d'autre part, la fonction exercée par cet organe. Dans ce second sens, la jurisdictio, l'action de dire le droit, se distingue de l'imperium, le pouvoir de commandement appartenant au juge* »⁷⁰¹. Et selon Monsieur Emmanuel Jeuland, une juridiction désigne « *un organisme indépendant des parties mais quasiment toujours lié d'une manière ou d'une autre avec le ou les États, qui répond à une prétention portant sur un fait, un acte ou lien suffisamment durable et important* »⁷⁰². Deux acceptions ressortent ainsi de ces définitions : une première qui porte sur l'aspect organique, et une deuxième acception qui renvoie au sens matériel. Sans négliger l'aspect organique dans la détermination de la nature

⁶⁹⁷ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *opt. cit.*, p. 103.

⁶⁹⁸ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *opt. cit.*, p. 103.

⁶⁹⁹ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *art. cit.*, pp. 303-334.

⁷⁰⁰ Henri CULOT, *opt. cit.*, pp. 499-544, spéc. p. 517 ; Patricia ROSIAK, *opt. cit.*, p. 299-302 ; Virgile PACE, *opt. cit.*, p. 229 et s.

⁷⁰¹ Marie-Claire RIVIER, « Juridiction », in Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 702.

⁷⁰² Emmanuel JEULAND, *Droit processuel*, L.G.D.J., 2007, p. 106.

juridictionnelle d'une autorité, la doctrine insiste davantage sur les deux critères relevant de l'aspect matériel, à savoir la *jurisdictio* et l'*imperium*⁷⁰³.

327. L'action de dire le droit évoque l'édiction de solutions fondées en droit⁷⁰⁴. En faisant le parallèle avec certaines dispositions du Mémorandum d'accord, notamment les paragraphes 4 et 7 de son article 3, on perçoit très nettement l'établissement d'une obligation de ce genre dans le cadre du processus de règlement des différends de l'OMC. En effet, le premier de ces textes rappelle l'objectif de régler les différends « *de manière satisfaisante conformément aux droits et obligations résultant du présent mémorandum d'accord et des accords visés* », tandis que le second énonce que « *le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés* ». Il en ressort donc, incontestablement, une obligation de rendre des décisions conformes au droit de l'OMC. Le constat est également partagé par Madame Ruiz Fabri qui interprète les textes en question comme imposant une solution de conformité au droit de l'OMC, puis d'en déduire une possibilité de « *parler de solution fondée en droit indépendamment de la question de la "qualité" de ce droit, c'est-à-dire, du fait de savoir s'il est substantiellement faiblement ou fortement contraignant* »⁷⁰⁵.

328. L'*imperium* renvoie au caractère obligatoire de la décision pour les parties⁷⁰⁶. Là encore, le Mémorandum d'accord regorge de dispositions susceptibles de démontrer son existence. L'article 17 dispose que les rapports de l'Organe d'appel adoptés par l'ORD seront « *accepté[s] sans condition par les parties au différend* » (paragraphe 14). Certes, une disposition aussi précise n'a pas été prévue pour les rapports des groupes spéciaux ; néanmoins, ils peuvent être couverts par la formulation générale employée dans le paragraphe 7 de l'article 3 déjà mentionné, de même que celle adoptée dans l'article 21 énonçant qu' « *il*

⁷⁰³ Emmanuel JEULAND, *opt. cit.*, p. 89 ; Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 11^{ème} éd., octobre 2014, p. 571-572.

⁷⁰⁴ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *art. cit.*, p. 309.

⁷⁰⁵ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *art. cit.*, p. 309. V. également : Jacques BEGUIN et Michel MENJUCQ (dir.), *opt. cit.*, p. 96-97.

⁷⁰⁶ Gérard CORNU, *opt. cit.*, p. 469 ; Jean COMBACAU et Serge SUR, *opt. cit.*, p. 573.

est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD » (paragraphe 1)⁷⁰⁷.

329. En analysant les modes juridictionnels de règlement des différends internationaux, Messieurs Combacau et Sur, relèvent que les deux éléments que nous venons d'examiner constituent les caractéristiques essentielles de la « juridiction », considérée dans son sens matériel, et « *s'opposent trait pour trait à ceux qui définissent les modes diplomatiques* »⁷⁰⁸. Ayant démontré l'existence d'une *jurisdictio* et d'un *imperium* au sein du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, nous pouvons déduire en conséquence que celui-ci désigne une juridiction au sens matériel. En revanche, nous serons moins catégoriques sur le fait de voir, en ce mécanisme, une réunion à la fois des critères matériel et organique comme c'est le cas dans la plupart des juridictions classiques internes, car un obstacle de taille subsiste encore. Alors que l'aspect organique requiert l'intervention d'un tiers indépendant des parties pour trancher les litiges⁷⁰⁹, les décisions sont formellement prises par l'ORD, qui se trouve être un « *organe politico-diplomatique* » regroupant l'ensemble des États membres de l'OMC, donc y compris les parties au différend⁷¹⁰. Une telle situation empêche la réalisation du critère de juridiction au sens organique. Cependant, observé dans son intégralité, le fonctionnement du système conduit à une toute autre réalité : le traitement des affaires est confié à des organes indépendants, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, qui statuent sur les cas et rendent des décisions qui doivent être approuvées par l'ORD afin d'acquiescer une force obligatoire⁷¹¹. Mais la règle du « consensus négatif » induit une pratique d'adoption automatique desdites décisions, confinant ainsi l'ORD dans un rôle purement formel⁷¹². Hormis ce pouvoir de décision théorique, tous les autres éléments militent en faveur de la reconnaissance d'une juridiction au sens organique. Le pouvoir de décision finale de l'ORD étant quand même prévu par le Mémoire d'accord, la rigueur du raisonnement juridique impose donc de privilégier le texte par rapport à la réalité de fonctionnement du mécanisme de règlement des différends. Par conséquent, il nous serait impossible de conclure à l'existence d'une juridiction au sens organique du terme.

⁷⁰⁷ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », art. cit., p. 310.

⁷⁰⁸ Jean COMBACAU et Serge SUR, opt. cit., p. 571-572.

⁷⁰⁹ Emmanuel JEULAND, opt. cit., p. 89.

⁷¹⁰ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », art. cit., p. 312 ; Vilaysoun LOUNGNARATH, art. cit., p. 55.

⁷¹¹ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 26.

⁷¹² Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », art. cit., p. 312 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 26-27.

330. Soulignons, par ailleurs, qu'en cas ce qui concerne le cas très particulier de l'application des règles de concurrence, la présence d'une juridiction telle que définie précédemment n'est pas forcément nécessaire. Une autorité administrative indépendante suffit. En effet, dans la plupart des États ou espaces économiques dotés d'un droit de la concurrence, ce sont des autorités de ce type qui traitent principalement de la question, avec l'aide des juridictions classiques. C'est le cas de l'Autorité de la concurrence française, qui ne dispose pas officiellement de la qualité de juridiction⁷¹³, ou de la Commission européenne pour le niveau supra-étatique. Aux États-Unis, la compétence est partagée entre le Département de la justice (DoJ) et la FTC qui s'apparente à une autorité administrative indépendante⁷¹⁴. Ainsi, la mise en œuvre des règles de concurrence requiert juste l'existence d'une entité suffisamment indépendante, capable de rendre des décisions contraignantes. Si l'on peut encore pertinemment discuter de l'aboutissement du caractère juridictionnel du système de règlement des différends de l'OMC, il convient en revanche de reconnaître qu'il met en place des organes autonomes, rendant des décisions obligatoires. L'analyse détaillée des procédures permettra de rendre compte de la situation.

III - Le déroulement de la procédure de règlement des différends

331. Comme déjà indiqué, la compétence est attribuée à l'ORD, une instance plénière composée des représentants de tous les membres de l'OMC. Disposant de son propre président⁷¹⁵, il administre l'ensemble du processus de résolution des litiges : de l'instruction des affaires au contrôle de la mise en œuvre des sanctions. Pour accomplir sa tâche, le Mémorandum d'accord lui accorde le pouvoir de constituer des groupes spéciaux, d'adopter leurs rapports et ceux de l'Organe d'appel. C'est donc à l'ORD qu'il faut adresser les plaintes⁷¹⁶. Aux termes de l'article 3 du Mémorandum d'accord, un État membre de l'OMC peut recourir au système de règlement des différends dès lors qu'il considère qu'« *un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre* » (paragraphe 3). Il est complété par le régime de plaintes qui avait cours dans le cadre de l'ancien mécanisme, auquel le

⁷¹³ V. Emmanuel JEULAND, opt. cit., p. 91-93.

⁷¹⁴ V. Alain A. LEVASSEUR, opt. cit., p. 281.

⁷¹⁵ Article IV, paragraphe 3 de l'Accord instituant l'OMC.

⁷¹⁶ Charles-Emmanuel COTE, opt. cit. p. 62.

paragraphe premier de l'article susmentionné fait référence. De ces dispositions découlent principalement deux types de plaintes : la plainte en cas de violation et la plainte en cas de non-violation⁷¹⁷. Le déroulement de la procédure s'effectue en deux temps : la phase de traitement du différend (A) et la phase de mise en œuvre des décisions (B).

A/ La phase de traitement des différends

332. Par traitement des différends, nous entendons le processus qui va de la prise en charge du conflit jusqu'au prononcé d'une décision. Il débute par des consultations bilatérales, passe ensuite par l'établissement d'un groupe spécial, et se termine par un examen en appel. Ainsi, un État qui s'estime lésé par le comportement d'un autre État doit d'abord engager des consultations bilatérales, avant de porter l'affaire devant l'ORD. Régie par l'article 4 du Mémorandum d'accord, cette première étape s'inscrit dans l'objectif général du mécanisme de règlement des différends qui vise, rappelons-le, une recherche de solutions positives des conflits⁷¹⁸. Techniquement parlant, elle se situe avant la naissance du différend : elle intervient parce qu'un membre de l'OMC adopte une mesure qui annule ou compromet un avantage dont un autre membre pensait pouvoir légitimement bénéficier au titre d'un accord multilatéral⁷¹⁹. Le membre affecté est tenu de faire une demande écrite⁷²⁰ de consultations, à laquelle l'auteur de la mesure devra prêter une attention particulière, car en vertu du paragraphe 2 de l'article 4, « *chaque Membre s'engage à examiner avec compréhension toutes les représentations que pourra lui adresser un autre Membre au sujet de mesures affectant le fonctionnement de tout accord visé prises sur son territoire et à aménager des possibilités adéquates de consultation sur ces représentations* ». Concrètement, tout cela se met en œuvre par le truchement des canaux diplomatiques⁷²¹. Les protagonistes discuteront entre eux et s'efforceront de trouver une solution négociée à leur différend. Si les discussions n'aboutissent pas, ils pourront solliciter l'intervention du Directeur général de l'OMC en guise de médiateur⁷²². Aussi, à titre de voie alternative, ils pourront, selon l'article 5 du Mémorandum, recourir aux bons offices, à la conciliation ou à la médiation, qui désignent des « *procédures par tiers interposés* », et sont à la libre disposition des parties qui

⁷¹⁷ Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 61 et s. ; Benoît MERKT, opt. cit., p. 87 et s.

⁷¹⁸ Cf. paragraphe I de la présente section 1.

⁷¹⁹ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., 105 ; Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 89.

⁷²⁰ Article 4, paragraphe 4 du Mémorandum d'accord ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 41.

⁷²¹ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 105.

⁷²² Article 5.6 du Mémorandum d'accord .

peuvent les utiliser et les arrêter à tout moment⁷²³. Soumises à la règle de confidentialité, les consultations se déroulent uniquement entre les parties concernées⁷²⁴. Le caractère confidentiel des discussions n'équivaut cependant pas à une absence de toute intervention de l'ORD dans le cadre de cette première étape, en ce sens qu'il existe une obligation de notification des demandes de consultations aussi bien à l'ORD qu'aux conseils et comités compétents⁷²⁵. L'échec des consultations entraînera l'activation de la deuxième étape. Comme énoncé par le paragraphe 7 de l'article 4 du Mémoire d'accord, en l'absence d'intervention d'un règlement du différend dans les soixante jours qui suivent la date de réception de la demande de consultations, la partie plaignante peut demander la constitution d'un groupe spécial. La procédure prend alors une toute autre dimension, elle entre dans une phase beaucoup plus « juridicisée » qui se caractérise notamment par le respect du contradictoire⁷²⁶.

333. L'établissement d'un groupe spécial relève du pouvoir de l'ORD. Mais une fois demandé par le plaignant, il sera presque automatiquement institué, parce qu'il faudra un consensus négatif pour rejeter l'établissement⁷²⁷. La demande doit être présentée par écrit, être la plus précise possible, indiquer si des consultations ont eu lieu ; elle doit surtout préciser l'objet du différend et exposer le fondement juridique de la plainte (article 6.2 du Mémoire d'accord). Une fois déposée, la décision d'institution du groupe spécial sera prise au plus tard à la réunion de l'ORD qui suit celle à laquelle la demande a été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de cette instance. Et sauf existence d'un consensus contraire, l'établissement sera automatique (article 6.1 du Mémoire d'accord). L'ORD devra alors constituer un groupe d'experts. Leur nombre est limité à trois, avec une possibilité pour les parties au différend de demander un élargissement à cinq personnes et ce, dans un délai de dix jours à compter de l'établissement du groupe spécial⁷²⁸. Aux termes de l'article 8 du Mémoire d'accord, les personnes désignées doivent être « *très qualifiées* » et choisies d'une façon qui assure leur « *indépendance* ». Dans le même ordre d'idées, il rajoute qu'« *aucun ressortissant des Membres dont le gouvernement est partie à un différend, ou tierce partie au sens du paragraphe 2 de l'article 10, ne siègera au groupe spécial appelé à*

⁷²³ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 43.

⁷²⁴ Article 4.6 du Mémoire d'accord.

⁷²⁵ Article 4.4 du Mémoire d'accord.

⁷²⁶ Pierre-Alain GOURION, Georges PEYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, opt. cit., p. 81 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 69 ; Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 737.

⁷²⁷ Article 6 du Mémoire d'accord ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 50-51.

⁷²⁸ Paragraphe 5 de 8 du Mémoire d'accord.

en connaître » (paragraphe 3). Tout a ainsi été fait pour garantir l'indépendance et l'impartialité des membres des groupes spéciaux. Cela fait écho au critère organique d'une juridiction, que nous avons tenté de mettre en exergue dans les précédents développements. Le mandat dont le groupe spécial sera investi s'inscrit également dans cette logique.

334. En effet, selon l'article 7 du Mémorandum d'accord, à moins que les parties au différend n'en décident autrement dans un délai maximal de vingt jours, le groupe spécial disposera du mandat suivant : « *Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l' (des) accord(s) visé(s) par les parties au différend), la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le document ; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans ledit (lesdits) accord(s)* ». Il s'agit donc d'un mandat type, qui présente l'avantage de limiter les sources de blocage⁷²⁹, mais offre également d'autres garanties procédurales liées à la détermination et à la délimitation de la compétence du groupe spécial⁷³⁰. Ces garanties ont notamment été rappelées par l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*⁷³¹. Dans le rapport adopté en l'espèce, il est énoncé que « *le mandat d'un groupe spécial est important pour deux raisons. Premièrement, il vise un objectif important qui est de garantir une procédure régulière : il donne aux parties et aux tierces parties des renseignements suffisants concernant les allégations en cause dans le différend pour leur permettre de répondre aux arguments du plaignant. Deuxièmement, il établit le domaine de compétence du groupe spécial en définissant les allégations précises en cause dans le différend* »⁷³². Le respect d'une procédure contradictoire, à laquelle le rapport de l'Organe d'appel fait allusion, se conforte avec les dispositions l'article 11 du Mémorandum d'accord qui impose l'observation d'autres obligations à caractère juridictionnel. Il exige en effet du groupe spécial un double examen en fait et en droit⁷³³. Cela se dégage de sa formulation suivante : « *Un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions* ». La technique de la juridiction classique s'entrevoit aisément. L'arbitre est d'abord tenu

⁷²⁹ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 735.

⁷³⁰ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 52.

⁷³¹ *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 21 février 1997.

⁷³² *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 21 février 1997, p. 23.

⁷³³ V. Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 106-107.

d'évaluer les faits de la cause, puis d'examiner leur conformité par rapport aux accords visés. Autrement dit, il doit procéder à l'établissement des faits et dire le droit. La démarche ressemble à celle qu'adopterait un juge du fond. D'ailleurs, l'Organe d'appel a eu l'occasion de préciser que le groupe spécial représente le « *juge des faits* »⁷³⁴, ce qui laisserait croire à l'idée d'existence d'un double degré de juridiction, dans la mesure où il existe officiellement une instance d'appel consacrée aux questions purement juridiques⁷³⁵.

335. Pour accomplir sa mission, le groupe spécial se soumet à une procédure établie dans l'article 12 et l'Appendice 3 du Mémoire d'accord. Il dispose d'un délai de six mois pour achever ses travaux ; et trois mois en cas d'urgence, y compris les cas où il s'agit de biens périssables⁷³⁶. La procédure se déroule comme suit : d'abord, chaque partie au différend dépose ses communications écrites auprès du secrétariat pour une transmission immédiate au groupe spécial, ainsi qu'à la partie adverse ou toute autre partie impliquée dans le différend⁷³⁷. Lors d'une première réunion de fond, le groupe spécial invite la partie plaignante à présenter son dossier, avant d'autoriser la défenderesse à exposer ses vues⁷³⁸. Les travaux s'effectuent dans la confidentialité⁷³⁹. Le groupe spécial dispose d'un droit de solliciter des renseignements et des avis techniques auprès de toute personne ou tout organisme qu'il jugera approprié⁷⁴⁰. Il peut également, aux termes de l'article 12.12 du Mémoire d'accord, à tout moment, suspendre ses travaux à la demande de la partie plaignante, pour une période maximale de douze mois.

336. Ensuite, une fois terminé l'examen des communications et des arguments oraux présentés à titre de réfutations, le groupe spécial remet aux parties au différend « *les sections descriptives (éléments factuels et arguments) de son projet de rapport* » (article 15.1 du Mémoire d'accord). À l'expiration du délai imparti pour la réception des observations de ces dernières, il leur communique un rapport intérimaire qui comprend à la fois les sections descriptives ainsi que ses constatations et conclusions (article 15.2 du Mémoire d'accord). Si aucune observation n'est intervenue pendant la période prévue à cet effet, le rapport intérimaire sera alors réputé rapport final du groupe spécial et distribué aux États

⁷³⁴ Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles, WT/DS207/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 23 septembre 2002, p. 80-81.

⁷³⁵ V. article 17 du Mémoire d'accord.

⁷³⁶ Article 12.8 du Mémoire d'accord.

⁷³⁷ Article 12.6 du Mémoire d'accord ; Paragraphe 4 de l'Appendice 3 du Mémoire d'accord.

⁷³⁸ Paragraphe 5 de l'Appendice 3 du Mémoire d'accord.

⁷³⁹ Article 14 du Mémoire d'accord ; Paragraphe 3 de l'Appendice 3 du Mémoire d'accord.

⁷⁴⁰ Article 13 du Mémoire d'accord.

membres de l'OMC dans les plus brefs délais⁷⁴¹. Il sera, dans les soixante jours suivant la date de la distribution, adopté lors d'une réunion de l'ORD, sauf existence d'un consensus pour le rejeter, ou si l'une des parties exprime formellement sa décision de faire appel⁷⁴². En d'autres termes, le rapport final du groupe spécial devient, à l'issue du délai indiqué, une décision ou une recommandation de l'ORD, à moins qu'un consensus négatif ne soit formulé à son encontre. En cas d'insatisfaction, les parties peuvent demander un examen en appel.

337. Pour le juriste, l'emploi du terme « appel » pour qualifier une procédure visant à réexaminer une affaire déjà traitée par une première instance, évoque indubitablement un deuxième degré de juridiction, symbole d'une juridictionnalisation de la procédure. Autant un tel trait de caractère nécessite une petite démonstration en ce qui concerne la procédure devant les groupes spéciaux, autant il semble relever d'une évidence pour cette dernière phase. Le constat se renforce dans la mesure où même le critère organique, qui aurait pu être l'élément le plus discutable dans la qualification de la première instance, paraît ici solide.

338. En effet, l'examen en appel est confié à un Organe d'appel permanent institué par l'ORD⁷⁴³. Il est composé de sept membres nommés pour un mandat de quatre ans, renouvelable une fois⁷⁴⁴. Conformément à l'article 17.3 du Mémoire d'accord, ces personnes doivent justifier d'une autorité reconnue en matière de droit et de commerce international, et n'avoir aucune attache avec une administration nationale. Autrement dit, il doit s'agir de juristes (ou non) compétents, dotés d'une bonne maîtrise du système commercial international ainsi que des accords de l'OMC, tout en étant indépendants des États. L'appel est limité aux « *questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci* »⁷⁴⁵. L'Organe d'appel doit donc examiner chacune des questions soulevées, conformément à cette règle. Il n'a pas compétence pour se prononcer sur les questions purement factuelles. Mais, comme le souligne Monsieur Vilaysoun Loungnarath, « *il est difficile de départager les questions de droit des questions de fait* »⁷⁴⁶, ce qui suppose donc que ledit organe va souvent traiter le fond afin d'accomplir sa tâche et, par conséquent, statuer à nouveau sur les faits comme le ferait une cour d'appel classique. Ceci dit, d'aucuns voient néanmoins dans la procédure d'appel du système de règlement des différends de l'OMC des éléments de comparaison la rapprochant davantage de

⁷⁴¹ Article 15.2 du Mémoire d'accord.

⁷⁴² Article 16.4 du Mémoire d'accord.

⁷⁴³ Article 17 du Mémoire d'accord.

⁷⁴⁴ Article 17.2 du Mémoire d'accord.

⁷⁴⁵ Article 17.6 du Mémoire d'accord.

⁷⁴⁶ Vilaysoun LOUNGNARATH, art. cit., p. 58.

« la procédure de la cassation telle qu'elle est pratiquée en droit français »⁷⁴⁷. Sa décision peut aboutir à une confirmation, une modification ou une infirmation des constatations et conclusions juridiques du groupe spécial⁷⁴⁸. Son rapport sera adopté par l'ORD et accepté sans condition par les parties au différend, sauf si l'ORD décide par consensus de le rejeter dans un délai de trente jours⁷⁴⁹.

339. Il est à préciser que la procédure de l'examen en appel dure soixante jours ; elle peut être prolongée en cas de demande écrite faite par l'Organe d'appel pour cause de retard, mais ne peut en aucune manière dépasser le délai de quatre-vingt-dix jours⁷⁵⁰. Ainsi, la procédure entière devant l'ORD se trouve circonscrite dans un délai maximal d'un an et trois mois. Elle est donc relativement rapide ; en plus, elle garantit la confidentialité des délibérations : deux aspects particulièrement importants dans le traitement des litiges ayant trait au commerce. La célérité et la confidentialité représentent des éléments cruciaux dans le monde des affaires. L'assurance de leur garantie contribue grandement à insuffler une dose de confiance auprès des acteurs économiques et les incitera à recourir au dispositif qui leur offre ladite garantie. C'est peut-être l'une des raisons du succès du système de règlement des différends de l'OMC. Selon le rapport annuel de l'OMC, rien que pour l'année 2012, l'ORD a reçu vingt-sept notifications demandant l'ouverture de consultations, ce qui représente « le nombre le plus élevé de ces dix dernières années »⁷⁵¹. La parenthèse étant fermée, qu'en est-il de la mise en œuvre des décisions rendues à l'issue des procédures ?

B/ La phase d'exécution des décisions et recommandations

340. Une fois réalisée l'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel par l'ORD, que se passe-t-il après ? Aux termes de l'article 21 du Mémoire d'accord, « pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD » (paragraphe 1). La solution dégagée à l'issue de la procédure de règlement des différends acquiert, dès lors, une force contraignante pour les parties et sa mise

⁷⁴⁷ Patricia ROSIAK, *opt. cit.*, p. 90.

⁷⁴⁸ Article 17.13 du Mémoire d'accord.

⁷⁴⁹ Article 17.14 du Mémoire d'accord.

⁷⁵⁰ Article 17.5 du Mémoire d'accord.

⁷⁵¹ OMC, *Rapport annuel 2013*, Publications de l'OMC, Genève, 2013, p. 77.

en œuvre devient nécessaire⁷⁵². Elle se fait sous le contrôle de l'ORD, qui continue d'inscrire la question à l'ordre du jour de ses réunions, jusqu'à sa résolution définitive⁷⁵³.

341. La partie perdante est tenue d'annoncer son intention de se conformer aux décisions et recommandations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel dans les trente jours suivant son adoption⁷⁵⁴. Si elle se trouve dans l'incapacité de s'exécuter immédiatement, elle devra le faire dans un « *délai raisonnable* » dont les conditions de détermination sont fixées par le paragraphe 3 de l'article 21 susmentionné. Le délai peut être défini unilatéralement par l'État membre concerné mais avec l'approbation de l'ORD, ou à défaut d'une telle approbation, par un accord mutuel entre les parties dans les quarante-cinq jours suivant l'adoption du rapport. En l'absence d'accord, il sera déterminé par un arbitrage contraignant dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'adoption du rapport en question.

342. Au cas où les parties ne s'entendraient pas sur la nature ou la qualité des mesures entreprises afin de se conformer aux recommandations et décisions formulées, elles devront recourir aux dispositifs prévus dans le Mémoire d'accord pour régler leur différend⁷⁵⁵. Et, autant que possible, les questions seront soumises au même groupe spécial qui statuera dans les quatre-vingt-dix jours suivant sa saisine⁷⁵⁶. Un tel recours à un groupe spécial dit « *de mise en œuvre* »⁷⁵⁷ a été utilisé pour la première fois dans l'affaire *CE – Bananes* : les plaignants comme les défendeurs ayant souhaité une clarification sur la conformité, par rapport aux accords de l'OMC des mesures d'exécution envisagées par le Membre perdant, en l'occurrence les Communautés européennes⁷⁵⁸.

343. Aux fins d'éviter les situations qui permettraient aux États d'« *acheter* » leurs comportements transgressifs⁷⁵⁹, la possibilité d'appliquer des sanctions commerciales est autorisée à titre subsidiaire, l'objectif principal demeurant le retrait de la mesure jugée non

⁷⁵² Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 72 ; Article 21.1 du Mémoire d'accord.

⁷⁵³ Article 21.6 du Mémoire d'accord.

⁷⁵⁴ Article 21.3 du Mémoire d'accord.

⁷⁵⁵ Article 21.5 du Mémoire d'accord.

⁷⁵⁶ Article 21.5 du Mémoire d'accord.

⁷⁵⁷ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 88.

⁷⁵⁸ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 88 ; *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'article 21.5, WT/DS27/RW/EEC*, Rapport du groupe spécial, 12 avril 1999.

⁷⁵⁹ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 746 ; Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 92.

conforme aux accords de l'OMC⁷⁶⁰. En effet, si à l'expiration du délai raisonnable, l'exécution des décisions et recommandations n'intervient toujours pas, la partie plaignante peut alors adopter des mesures compensatoires⁷⁶¹. Pour ce faire, le paragraphe 2 de l'article 22 du Mémorandum d'accord lui impose d'inviter d'abord l'autre partie à négocier dans le but de trouver une « *compensation mutuellement acceptable* ». En cas d'échec des négociations, elle peut, dans les vingt jours qui suivent la date d'expiration du délai raisonnable, solliciter l'ORD d'une demande de suspension des concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés⁷⁶². La suspension ou le retrait des concessions doit intervenir en priorité dans le même secteur que celui dans lequel la violation ou la réduction d'avantages a été constatée, sauf si elle est impossible ou inefficace, auquel cas elle pourra être opérée dans d'autres secteurs couverts par le même accord⁷⁶³. Au cas où cette dernière option ne suffirait pas, et que les circonstances sont considérées comme suffisamment graves, le paragraphe 3 de l'article 22 susmentionné octroie à la partie plaignante le droit de chercher une suspension des concessions au titre d'un accord visé. Néanmoins, le niveau de suspension doit être équivalent à celui de l'annulation ou de la réduction des avantages⁷⁶⁴. Le système de « *rétorsions croisées* » s'analyse comme l'une des innovations importantes du Mémorandum d'accord en matière de mise en œuvre des décisions et recommandations⁷⁶⁵. Il désigne surtout un sérieux dispositif grâce auquel les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe ne peuvent pas être « lettre morte ». Cela est d'autant plus vrai qu'une fois saisi d'une demande d'autorisation de suspension, l'ORD se trouve dans l'obligation de l'accorder dans un délai de trente jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il n'existe un consensus pour rejeter la demande⁷⁶⁶.

344. Notons que la partie perdante dispose d'une faculté de contestation du niveau de la suspension des concessions, ainsi que la procédure suivie par la plaignante pour son instauration⁷⁶⁷. La question sera soumise à arbitrage, confié soit au groupe spécial initial, soit

⁷⁶⁰ Articles 22.1 et 3.7 du Mémorandum d'accord.

⁷⁶¹ Article 22.2 du Mémorandum d'accord.

⁷⁶² Article 22.2 du Mémorandum d'accord.

⁷⁶³ Article 22.3, a) et b), du Mémorandum d'accord.

⁷⁶⁴ Article 22.4 du Mémorandum d'accord.

⁷⁶⁵ Thiébaud FLORY, *opt. cit.*, p. 25 ; Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *art. cit.*, p. 747.

⁷⁶⁶ Article 22.6 du Mémorandum d'accord.

⁷⁶⁷ Article 22.6 du Mémorandum d'accord.

à un arbitre désigné par le directeur général de l'OMC, et l'arbitre devra se prononcer dans les soixante jours suivant la date d'expiration du délai raisonnable⁷⁶⁸.

345. Ainsi, de l'instruction des affaires à l'exécution des différentes décisions et recommandations, les méthodes employées dénotent des procédures fortement juridictionnelles. Nous allons nous intéresser maintenant à la mise en œuvre des règles de concurrence de l'OMC par son Organe de règlement des différends.

Section 2 : L'application des règles de concurrence de l'OMC par l'Organe de règlement des différends

346. Théoriquement, l'ORD ne dispose pas d'un pouvoir de création normative qui lui permette de combler les lacunes du droit de l'OMC. L'article 3.2 du Mémoire d'accord établit clairement que ses recommandations et décisions « *ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés* », ce qui sous-entendrait l'impossibilité d'adopter une jurisprudence génératrice de normes. Mais ce même texte prévoit, d'un autre côté, que le mécanisme de règlement des différends « *a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public* ». Ainsi, s'il lui est défendu d'augmenter ou de réduire les droits et obligations édictés par les différents accords, l'ORD se trouve néanmoins investi d'un pouvoir d'interprétation. Et ce n'est pas rien ! Car ses interprétations peuvent s'étoffer et donner lieu à une jurisprudence, que certains auteurs qualifient de « *jurisprudence de fait* »⁷⁶⁹. Le constat se renforce dès lors que les justiciables, en l'occurrence les États et territoires douaniers, invoquent en soutien à leurs demandes, dans le cadre du règlement de leurs différends devant l'ORD, des décisions et interprétations adoptées dans des affaires précédentes⁷⁷⁰. À titre d'illustration, dans l'affaire *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements ou autres articles*, les États-Unis se sont référés à l'interprétation de l'article II du GATT de 1994 donnée par le groupé spécial⁷⁷¹ ;

⁷⁶⁸ Article 22.6 du Mémoire d'accord.

⁷⁶⁹ Patricia ROSIAK, *opt. cit.*, p. 300. V. aussi : Frank VIOLET, « La norme technique, une entrave au commerce international », in Filali OSMAN (dir.), *opt. cit.*, p. 217 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE et Sébastien BONFILS, *Le grandes questions du droit économique*, Puf, janvier 2005, p. 71.

⁷⁷⁰ Virgile PACE, *opt. cit.*, p. 214-215.

⁷⁷¹ *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, rapport de l'Organe d'appel, WTDS56/AB/R, 28 mars 1998. Son paragraphe 19 énonce que : « *S'agissant de l'article II du*

l'Union européenne aussi avait fait grief à un groupe spécial de ne pas avoir respecté une décision antérieure de l'Organe d'appel⁷⁷².

347. La présence d'une telle jurisprudence contribue inévitablement à la consolidation des règles déjà existantes. Pour le cas particulier de la concurrence, le recensement d'affaires significatives accrédirait la thèse de l'existence, au sein de l'OMC, d'un droit régissant la matière. Justement, des affaires intéressantes sont décelables. En effet, l'observation attentive du contentieux traité par l'ORD permet aisément de rendre compte que bon nombre de questions soulevées ont trait à la concurrence. Certes, ce ne sont pas les pratiques anticoncurrentielles classiques, c'est-à-dire au sens des droits internes des États, qui dominent les débats ici, mais plutôt la discrimination. Sans que les premières soient totalement absentes, la discrimination effectue une apparition régulière tantôt directe, tantôt indirecte, dans les affaires portées devant l'ORD. Son appartenance au droit de la concurrence a fait l'objet d'une démonstration dans le précédent chapitre de cet ouvrage. Nous n'allons donc pas y revenir, mais juste préciser que les décisions relatives aux comportements discriminatoires ayant des effets sur la concurrence doivent être rattachées à la jurisprudence concernant la mise en œuvre des règles de concurrence de l'OMC. Le raisonnement vaut également pour l'application des dispositions régissant les mesures de défense commerciale telles que l'antidumping et les mesures compensatoires contre les subventions. Le caractère concurrentiel de ces règles a aussi fait l'objet d'une étude dans le chapitre susmentionné. Pour des raisons de commodité, les affaires relatives aux deux aspects seront regroupées dans une partie intitulée « contentieux commercial intéressant le droit de la concurrence » (I). Une autre partie sera consacrée à l'analyse des décisions considérées comme traitant significativement des pratiques anticoncurrentielles, au sens courant du terme (II).

GATT de 1994, les Etats-Unis estiment que le Groupe spécial a constaté à juste titre que les droits spécifiques appliqués par l'Argentine sont incompatibles avec la consolidation ad valorem et que l'interprétation de l'article II donnée par le Groupe spécial est compatible avec les principes du droit international public, les décisions précédentes de l'Organe d'appel et la pratique antérieure du GATT et donne tout son sens au texte de cette position ».

⁷⁷² V. l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997. Il est en effet mentionné au niveau du paragraphe 53 du rapport, que : « Selon les Communautés européennes, le Groupe spécial a mal appliqué le critère de la charge de la preuve confirmé par l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance d'Inde*. Selon ce critère, pour établir le bien-fondé de son allégation, une partie plaignante doit fournir des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai ».

I - Le contentieux commercial intéressant le droit de la concurrence

348. Les dispositions encadrant les mesures de défense commerciale partagent un point commun qui repose sur la prohibition de l'édiction déloyale desdites mesures et ce, afin de préserver la concurrence⁷⁷³. C'est donc tout naturellement que les décisions concernant l'interdiction des discriminations entre produits nationaux et produits étrangers, ainsi que celles portant sur la prohibition des dumpings et le contrôle des subventions, trouvent leur place dans la présente revue de jurisprudence. Le contentieux étant assez exhaustif, il ne saurait être question de lister toutes les décisions intéressantes. Un choix restreint s'impose inévitablement : seront analysées successivement, les affaires Japon – Boissons alcooliques II⁷⁷⁴ et Thaïlande – Cigarettes (Philippines)⁷⁷⁵.

A/ L'affaire Japon – Boissons alcooliques II

349. Faisant partie des premières affaires que le nouvel ORD institué avec la création de l'OMC a eu à connaître, l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II* n'a pas été choisie au hasard. Elle a été sélectionnée dans l'intention de démontrer que les questions de discriminations anticoncurrentielles se sont posées très tôt devant les arbitres de l'OMC, et qu'elles reviennent de manière récurrente.

350. En l'espèce, le 21 juin 1995, les Communautés européennes, les États-Unis et le Canada ont demandé l'ouverture de consultations avec le Japon. Ils se plaignaient de la loi japonaise sur la taxation des boissons alcooliques qui avait instauré un système de taxes internes applicables à toutes les boissons alcooliques, avec des taux qui différaient en fonction de l'appartenance des boissons à une catégorie prédéfinie⁷⁷⁶. Selon eux, en application de cette loi, la taxe perçue sur le « *shochu* » était nettement inférieure à celle qui frappait le whisky, le brandy et les « *eaux-de-vie blanche* » telles que la vodka, le rhum, le gin... Ils

⁷⁷³ Cf. B/ Les pratiques anticoncurrentielles régies par le dispositif de l'OMC : Paragraphe II, section 2, chapitre 1 du présent titre 2.

⁷⁷⁴ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, rapport du Groupe spécial, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 11 juillet 1996 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996.

⁷⁷⁵ *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales affectant les cigarettes en provenance des Philippines*, rapport du Groupe spécial, WT/DS371/R, 15 novembre 2010 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS371/AB/R, 17 juin 2011.

⁷⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, p. 6.

accusaient le Japon d'effectuer une discrimination en instaurant un système de taxation différente entre des produits a priori similaires et ce, dans l'unique intention de protéger la production de *shochu*, qui se trouvait être un produit japonais⁷⁷⁷. Le groupe spécial établi le 27 septembre 1995 était donc invité à se prononcer sur la compatibilité de la mesure japonaise avec les dispositions de l'article III du GATT, précisément les paragraphes 1 et 2⁷⁷⁸.

351. Nous rappelons que les dispositions en question désignent les textes qui prévoient le principe de traitement national, en vertu duquel les taxes et impositions intérieures ne doivent pas être appliquées de façon à protéger une production nationale ; et qu'il est interdit de frapper les produits importés d'une taxe ou imposition supérieure à celle qui pèse sur les produits nationaux similaires. La détermination de l'existence d'une discrimination au sens desdits textes passe d'abord par l'établissement de la similarité des produits en cause, puis par la recherche de la finalité protectrice de la mesure incriminée. Autrement dit, pour savoir si le Japon a adopté un comportement discriminatoire qui fausse le jeu de la concurrence dans le marché des boissons alcooliques en question, le groupe spécial doit évaluer le degré de similitude entre le *shochu* et l'eau-de-vie blanche et brune, puis dire si la loi sur la taxation des boissons alcooliques vise la protection du produit national japonais. Pour ce faire, il procède auparavant à une interprétation de l'article III:2 du GATT, duquel il dégage deux situations factuelles différentes : le « *traitement des produits similaires* », visé par la première phrase de l'article, et le « *traitement des produits directement concurrents ou directement substituables* », objet de la deuxième phrase du texte en question⁷⁷⁹. Des produits sont directement concurrents ou directement substituables s'ils ont des « *utilisations finales communes* », tandis que la notion de produits similaires suppose que deux produits aient, « *outre des utilisations finales communes, essentiellement les mêmes caractéristiques physiques* »⁷⁸⁰. Le groupe spécial a considéré en l'espèce, d'une part que – « *le shochu et la vodka sont des produits similaires et le Japon, en taxant le deuxième plus fortement que le premier manque à son obligation au titre de l'article III:2, première phrase, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* », et d'une autre, que – « *le shochu, le whisky, le rhum, le gin, le genièvre et les liqueurs sont des "produits directement concurrents ou directement substituables" et le Japon, en ne les frappant pas d'une taxe semblable, manque à son obligation au titre de l'article III:2, deuxième phrase, de l'Accord général sur*

⁷⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, p. 14-15.

⁷⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, p. 14-15.

⁷⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, p. 126.

⁷⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, p. 133.

les tarifs douaniers et le commerce de 1994 »⁷⁸¹. Le système japonais de taxation est ainsi déclaré incompatible avec l'article III:2 du GATT. Cette position a fait l'objet d'une confirmation de la part de l'Organe d'appel, qui a néanmoins souligné le caractère erroné de certains points du raisonnement juridique adopté par le groupe spécial⁷⁸². Les conclusions exprimées dans le rapport d'appel permettent d'apprécier davantage toute la dimension concurrentielle de l'affaire. Il y est affirmé que « *la conjugaison de droits de douane et taxes intérieurs avait un double effet : d'une part, elle rendait difficile l'accès au marché japonais pour le shochu de fabrication étrangère et, d'autre part, elle ne garantissait pas l'égalité des conditions de concurrence entre le shochu et les autres eaux-de-vie "blanches" et "brunes"* »⁷⁸³. Ce rapport, ainsi que celui du groupe spécial, ont été adoptés par l'ORD le 1^{er} novembre 1996⁷⁸⁴. Dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes*, il était également question de mesures fiscales qui violeraient les dispositions de l'article III:2 du GATT.

B/ L'affaire Thaïlande – Cigarettes (Philippines)

352. Selon les auteurs de la chronique de jurisprudence de l'ORD qui paraît dans la revue internationale de droit économique (RIDE), l'affaire *Thaïlande – Cigarettes* comporte deux volets : un aspect processuel relatif à la « *question d'une possible reconnaissance du droit à un procès équitable fondé sur les accords du GATT* », et un aspect substantiel concernant la « *question de la distorsion de concurrence* »⁷⁸⁵. Pour notre part, elle a été choisie pour le dernier volet. Similaire à la décision précédemment commentée, car portant elle aussi sur des mesures fiscales et douanières dont la compatibilité avec le principe de traitement national pose débat, cette affaire est néanmoins beaucoup plus récente. En l'espèce, le 7 février 2008, les Philippines ont demandé l'ouverture de consultations avec la Thaïlande à propos de ses mesures douanières et fiscales affectant les cigarettes en provenance des Philippines⁷⁸⁶. Ils alléguaient, entre autres, que le système thaïlandais de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) n'était pas compatible avec les articles III:2 et III:4 du GATT. Ce système

⁷⁸¹ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, p. 144.

⁷⁸² Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 34-35.

⁷⁸³ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 35.

⁷⁸⁴ OMC, *Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC : Un différend, une page*, Publications de l'OMC, 2012, p. 8.

⁷⁸⁵ Guillaume BUSSEUIL, Jean-Marie GARINOT, Stéphanie GRAYOT-DIRX, Clotilde JOURDAIN-FORTIER et Isabelle MOINE-DUPUIS, « Chronique commentée des décisions de l'Organe de règlement des différends (juin 2010-novembre 2011) », RIDE, N° 2/2012, pp. 161-225.

⁷⁸⁶ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS371/R, p. 1.

établissait une exemption complète de TVA au profit des revendeurs de cigarettes nationales, tandis qu'il assujettissait les revendeurs de cigarettes importées dès qu'ils ne respectaient pas les conditions de déduction : pour que la TVA fût nulle pour ces derniers, il leur fallait obtenir « *un crédit d'impôt pour la TVA acquittée par l'entité à laquelle [ils] ont acheté des cigarettes* »⁷⁸⁷. Outre cette procédure administrative, les revendeurs de cigarettes importées étaient également soumis à une obligation d'édition et de délivrance d'une facture fiscale, de tenir des registres de TVA, puis d'accepter des vérifications fiscales⁷⁸⁸. Aux yeux des plaignants, de telles différences dans les régimes fiscaux contribuaient nécessairement à accorder un traitement moins favorable pour les cigarettes importées que pour les cigarettes nationales⁷⁸⁹.

353. Les arbitres accèdent à leur demande de deux manières en recherchant, d'abord, si la Thaïlande assujettit les produits importés d'une TVA supérieure à celle qui frappe les produits nationaux similaires, ensuite si la différence de régime provoque un traitement moins favorable au sens de l'article III:4 du GATT. Concernant le premier élément, le groupe spécial déclare que « *s'agissant de l'exemption de la TVA pour les revendeurs de cigarettes nationales, la Thaïlande a agi d'une manière incompatible avec la première phrase de l'article III:2 en frappant les cigarettes importées d'une TVA supérieure à celle qui frappe les cigarettes nationales similaires du fait qu'elle a accordé l'exemption de l'obligation d'acquitter la TVA seulement aux revendeurs de cigarettes nationales* »⁷⁹⁰. L'organe d'appel abonde dans son sens et confirme son raisonnement en soulignant que « *la mesure de la Thaïlande prévoit des circonstances dans lesquelles les revendeurs de cigarettes importées sont tenus d'acquitter la TVA, ce que les revendeurs de cigarettes nationales ne sont jamais tenus de faire* »⁷⁹¹. En ce qui concerne la question de savoir si cela induit un traitement défavorable vis-à-vis des produits importés, il s'agit en réalité d'apprécier les conséquences de la mesure pour les conditions de concurrence entre les cigarettes importées et les cigarettes nationales ; autrement dit, « *s'interroger sur le point de savoir si la différence de traitement entraîne une distorsion de concurrence* »⁷⁹². Rappelant sa jurisprudence, notamment l'affaire

⁷⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS371/R, p. 15-16.

⁷⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS371/R, p. 15-16.

⁷⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS371/R, p. 15-16.

⁷⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS371/R, p. 454.

⁷⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS371/AB/R, p. 54.

⁷⁹² Guillaume BUSSEUIL, Jean-Marie GARINOT, Stéphanie GRAYOT-DIRX, Clotilde JOURDAIN-FORTIER et Isabelle MOINE-DUPUIS, art. cit., p. 203 ; OMC, *Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC : Un différend, une page*, opt. cit., p. 150.

*Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*⁷⁹³ sur la notion de « traitement non moins favorable », l'Organe d'appel souligne l'impossibilité de déduire l'existence d'un tel traitement du seul fait qu'un membre de l'OMC établisse, dans sa réglementation, des distinctions entre produits importés et produits nationaux similaires, mais qu'il faut plutôt rechercher si les différences de régime juridique « faussent les conditions de concurrence au détriment des produits importés » ; et si cela était le cas, alors le traitement différencié équivaudrait à un traitement moins favorable au sens de l'article de III :4 du GATT⁷⁹⁴. C'est ainsi qu'il a confirmé le raisonnement du groupe spécial, qui a vu dans la mesure thaïlandaise imposant des « prescriptions administratives additionnelles » aux seuls revendeurs de cigarettes importées, une possibilité d'affectation négative des conditions de concurrence pour les cigarettes importées, et en a déduit l'existence d'un traitement moins favorable pour les produits importés que celui accordé aux produits nationaux similaires⁷⁹⁵. Une telle solution semble totalement justifiée, car les prescriptions en question génèrent une charge supplémentaire pour le revendeur de cigarettes qui, afin d'éviter les frais de gestion susceptibles d'en découler, aurait plus intérêt à distribuer les produits nationaux qui ne sont pas soumis à ladite charge⁷⁹⁶. Le risque de distorsion de la concurrence au détriment des produits importés paraît clairement établi.

354. Cette affaire *Thaïlande – Cigarettes* démontre que, derrière les différends commerciaux apparents, se cachent souvent des questions de concurrence. L'invocation régulière du principe de traitement national, dont le contenu a été interprété par l'ORD comme visant la garantie de l'égalité des possibilités de concurrence⁷⁹⁷, en constitue une excellente illustration. L'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*⁷⁹⁸, encore plus récente que la décision précédemment commentée mais qui lui est quasiment similaire, pourrait contribuer à étayer le constat. En effet, ici aussi il était question de discrimination entre cigarettes importées et cigarettes nationales similaires, et les plaignants arguaient de l'existence d'un traitement moins favorable pour leurs produits. En revanche, malgré la reconnaissance du caractère discriminatoire de la mesure incriminée, le groupe spécial a

⁷⁹³ *Corée – Mesures affectant les importations de viande bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 décembre 2000.

⁷⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., p. 58.

⁷⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, WT/DS371/R, p. 355 ; Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS371/AB/R, p. 59.

⁷⁹⁶ Guillaume BUSSEUIL, Jean-Marie GARINOT, Stéphanie GRAYOT-DIRX, Clotilde JOURDAIN-FORTIER et Isabelle MOINE-DUPUIS, art. cit., p. 204.

⁷⁹⁷ Cf. B/ Le contenu du principe du traitement national : Paragraphe I, section 1, chapitre 1^{er} du présent titre 2.

⁷⁹⁸ *Etats-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, rapport du Groupe spécial, WT/DS406/R, 2 novembre 2011 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012.

choisi de ne pas la censurer pour des motifs de santé publique⁷⁹⁹. Excepté quelques modifications, sa position a été confirmée par la suite par l'Organe d'appel⁸⁰⁰.

355. Les questions de discriminations anticoncurrentielles ne représentent pas les seuls éléments constitutifs d'un contentieux commercial intéressant également le droit de la concurrence. Les affaires de subventions rentrent aussi dans ce cadre. L'affaire *Airbus*, qui avait donné lieu à une condamnation de l'Union européenne pour sa politique de subventions publiques en faveur de l'avionneur européen, désigne par exemple un cas pertinent permettant l'appréciation de la connotation concurrentielle des litiges portant sur des questions de subventions⁸⁰¹. Les faits de l'espèce étant très complexes, nous ne saurions nous aventurer dans une analyse approfondie au risque de brouiller l'objet de la présente subdivision, à savoir la mise en évidence du contentieux commercial impliquant également un volet concurrentiel ; par conséquent, nous nous en tenons à cette simple évocation de la portée de la décision, et poursuivons nos développements sur le contentieux spécifique au droit de la concurrence.

II - Le contentieux spécial du droit de la concurrence

356. S'agissant du contentieux des pratiques anticoncurrentielles au sens strict, force est de reconnaître qu'il est très rare, alors que celui des pratiques commerciales restrictives s'étoffe régulièrement. On conçoit la difficulté qu'il en soit autrement dans la mesure où il n'existe pas d'accord spécifique au domaine de la concurrence. Les plaignants n'ont d'autres choix que d'invoquer les accords commerciaux, même si dans bien des cas, le fond du litige repose sur des questions de concurrence. Nous avons eu l'occasion de le démontrer dans le cadre de la précédente subdivision. Ceci étant, les analystes des décisions de l'ORD s'accordent néanmoins à reconnaître l'existence de quelques décisions spécifiques à la

⁷⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS406/R, p. 193 ; Guillaume BUSSEUIL, Jean-Marie GARINOT, Stéphanie GRAYOT-DIRX, Clotilde JOURDAIN-FORTIER et Isabelle MOINE-DUPUIS, art. cit., p. 185-186.

⁸⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS406/AB/R, p. 97-98.

⁸⁰¹ *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, rapport du Groupe spécial, WT/DS316/R, 30 juin 2010 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS316/AB/R, 18 mai 2011. Affaire à rapprocher de l'affaire *Etats-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Deuxième plainte)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS353/R, 31 mars 2011 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS353/AB/R, 12 mars 2012. Pour plus de détails sur le volet concurrentiel de cette affaire, consulter la chronique déjà citée : Guillaume BUSSEUIL, Jean-Marie GARINOT, Stéphanie GRAYOT-DIRX, Clotilde JOURDAIN-FORTIER et Isabelle MOINE-DUPUIS, art. cit., p. 206-225.

matière de la concurrence⁸⁰². Les affaires qui reviennent dans les commentaires concernent bien évidemment la fameuse affaire *Japon – Pellicules*⁸⁰³ et l'affaire *Mexique – Télécommunications*⁸⁰⁴.

A/ L'affaire Japon – Pellicules

357. Plus connue sous le nom de l'affaire *Kodak c. Fuji*, cette affaire aurait pu figurer dans la partie sur le contentieux commercial intéressant également la concurrence, notamment dans les développements consacrés aux problèmes de discrimination, car c'est bien de cette matière dont il est question en l'espèce. Mais comme elle symbolisait jusqu'en 2004, année d'adoption de la décision rendue dans le cadre de l'affaire *Telmex* (l'autre appellation de *Mexique – Télécommunications*), l'unique décision traitant significativement de la concurrence⁸⁰⁵, cela lui vaut ce petit traitement spécial.

358. En effet, les États-Unis se plaignaient des mesures prises par le gouvernement japonais et affectant la distribution, la mise vente et la vente sur le marché intérieur de pellicules et papiers photographiques d'importation destinés aux consommateurs. Il s'agissait principalement des mesures en matière de distribution visant une concentration verticale des circuits de distribution depuis le fabricant jusqu'au détaillant, de la loi sur les grandes surfaces de 1973 et des mesures en matière de promotion⁸⁰⁶. Les Américains soutenaient qu'en appliquant ces mesures, le gouvernement japonais accordait un traitement moins favorable aux pellicules et papiers photographiques importés, en l'occurrence les produits de *Kodak*. Ils alléguaient en outre que lesdites mesures annulaient ou compromettaient leurs avantages, au sens de l'article XXIII:1 b) du GATT. Ils invoquèrent donc, à l'appui de leur demande, le non-respect des dispositions du texte susmentionné, ainsi que celles des articles III:4 et X:1

⁸⁰² V. en ce sens : Messieurs Henry LESGUILLONS, « Le règlement des différends de l'OMC et droit de la concurrence », in Olivier BLIN (dir.), opt. cit., p. 72-82 ; Habib GHERARI, « Le de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 293-309 ; Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », art. cit., p. 277-278.

⁸⁰³ *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, rapport du Groupe spécial, WT/DS44/R, 31 mars 1998.

⁸⁰⁴ *Mexique – Mesures visant les services de télécommunications*, rapport du Groupe spécial, WT/DS204/R, 2 avril 2004.

⁸⁰⁵ Habib GHERARI, « Le de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 294.

⁸⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS44/R, p. 5 ; OMC, *Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC : Un différend, une page*, opt. cit., p.

du GATT. Mais ce qui retient l'attention dans la formulation des prétentions américaines, repose sur la référence expresse à la question de la transgression des règles de concurrence, plutôt que d'arguer d'une violation des règles de non-discrimination comme c'est généralement le cas dans ce genre de litiges. On peut notamment lire, dans le rapport du groupe spécial, l'énonciation de l'allégation selon laquelle, les mesures japonaises incriminées « *étaient contraires à l'article III:4 du GATT car elles affectaient les conditions de concurrence concernant la distribution, la mise en vente et la vente sur le marché intérieur de pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs d'une manière qui accordait aux pellicules et papiers importés un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits comparables d'origine nationale* »⁸⁰⁷. Bien évidemment, ce passage évoque une discrimination entre produit national et produit importé. Néanmoins, elle présente la particularité d'exprimer ouvertement une distorsion de la concurrence du fait d'une telle discrimination. En agissant de la sorte, les plaignants confèrent une nature presque exclusivement concurrentielle au différend, et demandent à l'ORD d'apporter une réponse en ce sens. Ce qui révèle une conviction des justiciables de la prise en compte de la matière par le droit de l'OMC, ainsi que du rôle de régulateur joué par ledit ORD. Par ailleurs, la transparence, également une notion de droit de la concurrence, avait aussi fait l'objet d'une invocation expresse de la part de la partie plaignante⁸⁰⁸.

359. Ceci dit, le groupe spécial n'a pas accédé à la demande américaine. Concernant l'annulation ou la réduction d'un avantage résultant des accords de l'OMC, il a constaté que les Américains n'ont pas démontré que les mesures en cause annulaient ou compromettaient leurs avantages au sens de l'article XXIII:1 b) du GATT⁸⁰⁹. Selon lui, pour pouvoir invoquer valablement ce texte, la partie plaignante est tenue de démontrer l'existence de trois éléments : « *i) l'application d'une mesure par un Membre de l'OMC ; ii) l'existence d'un avantage résultant de l'accord applicable ; et iii) l'annulation ou la réduction de cet avantage du fait de l'application de la mesure* »⁸¹⁰.

360. S'agissant de la violation du principe de traitement national, après avoir souligné que le contenu de l'article III:4 du GATT prévoyant ce principe a été interprété par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, comme obligeant « *les Membres de l'OMC à garantir l'égalité des possibilités de concurrence entre les produits*

⁸⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS44/R, p. 1.

⁸⁰⁸ Cf. Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS44/R, p. 2.

⁸⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS44/R, p. 579.

⁸¹⁰ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS44/R, p. 465.

importés et les produits nationaux »⁸¹¹, il a constaté que les mesures en matière de distribution incriminées en l'espèce, n'établissaient aucune discrimination sous quelle que forme que ce soit, « *discrimination de jure* » ou « *discrimination de facto* », à l'égard des produits importés ; et que les États-Unis n'avaient pas réussi à prouver que les mesures en cause « *soumettaient les pellicules et papiers importés à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux pellicules et papiers originaires du Japon* »⁸¹². Il a, en conséquence, rejeté leur allégation au titre de ce texte.

361. Le troisième argument des Américains, portant sur l'inobservation du principe de transparence, a également été écarté. Le groupe spécial a d'abord expliqué que la prescription en matière de publication de décisions administratives énoncée à l'article X:1 du GATT englobait deux types de décisions : les décisions administratives « *d'application générale* » et les décisions administratives « *dans les cas particuliers où celles-ci établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir* »⁸¹³. Ensuite, considérant que les États-Unis n'avaient pas démontré que les décisions administratives japonaises dont ils alléguaient le défaut de publication rentraient dans l'une de ces catégories de décisions, il en a déduit l'absence de toute violation de l'article X :1 du GATT de la part du gouvernement japonais⁸¹⁴.

362. Donc selon le groupe spécial, aucune des mesures en question, considérée isolément ou collectivement, n'avait bouleversé les rapports de concurrence entre les pellicules et papiers importés et les produits nationaux⁸¹⁵. Ils ont justifié leur solution par l'absence de preuves permettant la constatation d'une telle situation. C'était plutôt l'argumentaire développé par les Américains qui manquait de pertinence. L'option de la plainte en cas de non-violation, comme cela a été adopté pour une bonne partie des mesures contestées en l'espèce, peut paraître difficile à mettre en œuvre dans les différends où l'on cherche à établir une distorsion du jeu de la concurrence. Les Américains l'ont appris à leurs dépens ; ce qui n'est pas le cas de l'affaire *Telmex* où ils vont agir en violation de textes bien précis, interdisant les pratiques anticoncurrentielles dans le domaine des télécommunications.

⁸¹¹ Japon – Boissons alcooliques, p. 19, citant États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importations, IBDD, S34/154, paragraphe 5.1.9, et Japon – Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques, IBDD, S34/92, paragraphe 5.5 b), in Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS44/R, p. 571.

⁸¹² Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS44/R, p. 572.

⁸¹³ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS44/R, p. 573-574.

⁸¹⁴ Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS44/R, p. 574 et 579.

⁸¹⁵ V. : Habib GHERARI, « Le de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 297.

B/ L'affaire Mexique – Télécommunications

363. Autant la classification de la décision précédemment commentée dans le contentieux de la concurrence au sens classique ou traditionnel peut susciter quelques réserves car portant sur des discriminations, autant il est impossible d'émettre les mêmes réserves envers la présente affaire, puisqu'elle concerne des « pratiques anticoncurrentielles ». Certes, le secteur dans lequel le différend a pris naissance, à savoir les services de télécommunication, n'y est pas neutre. En effet, comme déjà souligné lors de l'étude des règles matérielles de concurrence, l'AGCS, accord général régissant le commerce des services, comporte des dispositions prohibant certaines pratiques anticoncurrentielles, notamment les abus de position dominante⁸¹⁶. Il se complète par l'Accord ATB et le Document de référence qui prévoient, à leur tour, des textes spécifiques aux pratiques anticoncurrentielles dans le domaine des télécommunications⁸¹⁷. Ainsi, parce que ce secteur constitue l'une des branches d'activité commerciale les plus appréhendées par les règles de concurrence de l'OMC, ou du moins celle dont les accords de libéralisation mettent le plus en évidence la présence de telles règles au sein de l'organisation, il offre en conséquence une jurisprudence pertinente pour l'analyse du contentieux « concurrentiel » de l'ORD.

364. En l'espèce, les États-Unis se plaignaient des lois et réglementations internes du Mexique régissant la fourniture de services de télécommunication et la législation fédérale sur la concurrence. Ils reprochaient à l'État du Mexique de ne pas avoir agi d'une manière qui pût faire en sorte que l'entreprise *Telmex* assurât l'interconnexion des fournisseurs de services de télécommunication des États-Unis pour les services transfrontières, selon des modalités et moyennant des taxes basées sur des coûts raisonnables ; de ne pas avoir entrepris de mesures visant à empêcher *Telmex* d'adopter des pratiques anticoncurrentielles, mais habilitait au contraire cette dernière à diriger un cartel lui permettant de fixer les prix de l'interconnexion internationale ; et enfin, qu'il n'avait pas permis aux fournisseurs américains d'accéder de façon raisonnable et non discriminatoire aux réseaux de télécommunications⁸¹⁸. Ils invoquèrent donc le non-respect des dispositions de l'article I:2 a) de l'AGCS, le Document de référence de l'AGCS dans le cadre la Liste du Mexique annexée à l'AGCS et l'Annexe sur les télécommunications de l'AGCS. Mais le cœur du litige faisait plus appel au contenu du

⁸¹⁶ Article VIII de l'AGCS ; B/ Les pratiques anticoncurrentielles régies par le dispositif de l'OMC : Paragraphe II, section 2, chapitre 1^{er} du présent titre 2.

⁸¹⁷ Cf. B/ Les pratiques anticoncurrentielles régies par le dispositif de l'OMC : Paragraphe II, section 2, chapitre 1^{er} du présent titre 2.

⁸¹⁸ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS204/R, p. 6-7.

Document de référence. Et c'est sur lui que le groupe spécial s'est appuyé pour bâtir le raisonnement qui l'a conduit à trancher le différend⁸¹⁹. En effet, le paragraphe 1.1 du document en question prévoit que « *des mesures appropriées seront appliquées en vue d'empêcher des fournisseurs qui, seuls ou ensemble, sont un fournisseur principal, d'adopter ou de maintenir des pratiques anticoncurrentielles* »⁸²⁰. Le Mexique ayant souscrit cet engagement⁸²¹, il était donc tenu, au même titre que les autres signataires, de son respect. Avait-il manqué à cette obligation ? La réponse passait nécessairement par l'établissement des critères posés dans le passage susmentionné, à savoir la présence d'un fournisseur principal, l'existence de pratiques anticoncurrentielles et l'adoption de mesures appropriées ou pas.

365. Concernant le premier critère, afin de savoir si l'entreprise *Telmex* devait être considérée comme un fournisseur principal au sens du Document de référence, la groupe spécial a d'abord procédé à une identification du marché pertinent, qui correspondait selon lui au « *marché États-Unis – Mexique pour la terminaison des services de téléphonie vocale, de télécopie et de transmission de données avec commutation de circuits* »⁸²² ; puis a essayé de déterminer la position de *Telmex* sur ce marché. Ainsi, estimant que cette dernière disposait d'un pouvoir « *d'influer de manière importante sur les modalités de la participation sur [le] marché* », il en a déduit qu'elle représentait un fournisseur principal pour le marché de la terminaison des services de télécommunication en cause⁸²³.

366. Pour ce qui a trait à la qualification de « *pratiques anticoncurrentielles* », il était beaucoup plus compliqué de déterminer si la situation révélait des pratiques anticoncurrentielles, dans la mesure où les textes de l'OMC ne définissent pas cette notion⁸²⁴. En effet, plutôt que de définir la notion, le Document de référence se contente d'énoncer des exemples susceptibles de caractériser de telles pratiques : sa liste non exhaustive évoque la pratique de subventionnements croisés anticoncurrentiels, l'utilisation de renseignements des concurrents dans un but anticoncurrentiel et le défaut de mise à disposition des autres fournisseurs en temps opportun les renseignements techniques et commerciaux qui leurs sont nécessaires pour la fourniture de leurs services⁸²⁵. L'AGCS ne fait pas mieux en la matière.

⁸¹⁹ Henry LESGUILLONS, art. cit., p. 76.

⁸²⁰ Document de référence sur les télécommunications de base, 24 avril 1996 : http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/telecom_f/tel23_f.htm;

⁸²¹ Henry LESGUILLONS, art. cit., p. 76.

⁸²² Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS204/R, p. 201 et 219 ; Henry LESGUILLONS, art. cit., p. 76.

⁸²³ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS204/R, p. 203.

⁸²⁴ Habib GHERARI, « L'influence de l'Organisation mondiale du commerce sur le droit de la concurrence (à travers le cas États-Unis et du Mexique) », art. cit., p. 278-279 ; Henry LESGUILLONS, art. cit., p. 77.

⁸²⁵ Section 1.2 du Document de référence.

Le Groupe spécial a donc dû se rabattre sur le sens courant des termes composant la notion pour établir que l'expression « pratiques anticoncurrentielles » recouvre nécessairement des « actions qui diminuent la rivalité ou la concurrence sur le marché »⁸²⁶. Une fois franchie cette étape, il s'est lancé dans l'analyse de la notion dans le contexte du Document de référence, en prenant appui sur les exemples fournis par ledit document, ainsi que sur les travaux d'instances internationales comme l'ONU, l'OCDE, le groupe de travail de l'OMC sur l'interaction du commerce et de la politique de concurrence, les législations des membres de l'OMC en matière de concurrence, et certains instruments internationaux (Convention de Vienne sur le droit des traités et Charte de La Havane de 1948), puis a conclu qu'elle comprend, outre les cas énumérés plus haut, « les pratiques horizontales se rapportant à des accords sur la fixation des prix et le partage des marchés »⁸²⁷. Le travail d'analyse concurrentielle paraît très intéressant en ce sens que les arbitres estiment que les pratiques anticoncurrentielles visées dans le Document de référence incluent également les ententes horizontales sur les fixations de prix et les partages de marché. À leurs yeux, les mesures imposées par les autorités mexicaines conduisent à des pratiques assimilables à un partage du marché entre fournisseurs mexicains, qu'elles exigent l'adoption par le fournisseur principal, *Telmex*, de pratiques limitant la rivalité et la concurrence entre fournisseurs concurrents ; et qu'en conséquence, de telles pratiques doivent être considérées comme anticoncurrentielles au sens du Document de référence⁸²⁸.

367. Notons que le raisonnement fondé sur l'entente n'a pas suscité l'adhésion de tous les commentateurs. D'aucuns, à l'instar de Monsieur Habib Gherari, ont émis l'idée selon laquelle il s'agissait plutôt d'un abus de position dominante, d'autant plus que le groupe spécial y avait fait référence à plusieurs reprises, avant de l'ignorer dans ses conclusions ; ou bien d'obstacles à l'accès au marché érigés à l'encontre des nouveaux entrants⁸²⁹.

368. Quant à la question consistant à savoir si le Mexique a adopté des « mesures appropriées » en vue de remédier aux pratiques anticoncurrentielles identifiées, le groupe spécial a rappelé que celui-ci était tenu, en vertu de la section 1.1 du Document de référence, d'appliquer des mesures appropriées afin d'éviter des pratiques anticoncurrentielles de la part

⁸²⁶ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS204/R, p. 220.

⁸²⁷ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS204/R, p. 222.

⁸²⁸ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS204/R, p. 228.

⁸²⁹ Habib GHERARI, « L'influence de l'Organisation mondiale du commerce sur le droit de la concurrence (à travers le cas Etats-Unis et du Mexique) », art. cit., p. 278-279.

d'un fournisseur principal⁸³⁰. Admettant la difficulté de cerner le contenu d'une telle obligation, il a procédé par un raisonnement *a contrario* qui lui a permis d'aboutir à une conclusion : « *si une mesure prescrit légalement un comportement donné, elle ne peut pas alors, logiquement, être "appropriée" pour empêcher ce même comportement* »⁸³¹. Autrement dit, l'État dont la législation établit des pratiques anticoncurrentielles ne saurait être supposé avoir pris des mesures appropriées pour enrayer les comportements anticoncurrentiels⁸³². Ainsi, parce que sa législation induisait une entente horizontale sur la fixation des prix et une répartition des parts de marché entre fournisseurs concurrents de services de télécommunication, le « *Mexique n'a pas, contrairement à la section 1.1 de Document de référence, appliqué des "mesures appropriées" en vue d'empêcher des pratiques anticoncurrentielles du fait qu'il appliquait des mesures qui prescrivent des pratiques anticoncurrentielles entre des fournisseurs concurrents qui, seuls ou ensemble, sont un fournisseur principal des services en cause* »⁸³³.

369. Cette affaire *Telmex* démontre toute l'aptitude de l'ORD à traiter des questions très pointues dans le domaine de la concurrence et à adopter une analyse concurrentielle digne des autorités nationales de concurrence, qui sont rompues à ce genre de problématiques. Certes, le contentieux ne regorge pas de décisions qui lui soient comparables ; néanmoins, associée à toutes les autres décisions concernant la concurrence au sens large, elles forment un noyau de jurisprudence dans le domaine en question.

⁸³⁰ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS204/R, p. 228.

⁸³¹ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS204/R, p. 228.

⁸³² Henry LESGUILLONS, art. cit., p. 80.

⁸³³ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS204/R, p. 229.

CONCLUSION DU TITRE 2

370. Pour une organisation qui a vocation à réguler les échanges commerciaux mondiaux, et qui vise la promotion du libre-échange, on ne saurait se contenter de l'absence dans son dispositif juridique d'un accord spécifique sur le droit de la concurrence pour conclure à l'inexistence d'un tel droit. Il serait difficile, voire impossible, que l'OMC puisse remplir les missions qui découlent de l'objet ainsi exprimé, sans pour autant s'occuper de la concurrence. Nul besoin d'être économiste pour comprendre que libre-échange et concurrence vont ensemble : pour que le premier fonctionne, il faut que les règles du jeu de la seconde soient respectées. Et les membres de l'institution l'ont très bien compris ! Ils ont édicté, d'une part, des principes fondamentaux appelés « traitement national », « traitement de la nation la plus favorisée » et « transparence », qui se trouvent être des principes éminemment concurrentiels en ce sens que les deux premiers forment un principe unique d'interdiction des discriminations, principe qui, avec la transparence, se retrouve dans beaucoup de droits nationaux internes sur la concurrence. D'autre part, ils les ont déclinés dans tous les accords libéralisant des secteurs spécifiques. Ils sont même allés plus loin en complétant ces principes de règles matérielles sur la concurrence. Ainsi, dans les trois piliers, c'est-à-dire le GATT, l'AGCS et l'Accord sur les ADPIC, et dans d'autres textes tels que l'Accord antidumping, l'Accord SMC, l'Accord OTC, des dispositions concurrentielles figurent un peu partout. Certaines ont trait à des comportements anticoncurrentiels bien connus des droits nationaux, en l'occurrence les pratiques discriminatoires, les abus de position dominante et, dans une moindre mesure, la concurrence déloyale. D'autres, en revanche, régissent des pratiques non courantes en droit interne : il s'agit des dumpings, ainsi que des subventions et les mesures compensatoires, quoique la dernière catégorie peut être comparée aux « aides d'État » réglementées par le droit européen de la concurrence⁸³⁴.

371. Certes, leur finalité n'est pas autonome et est soumise à l'objectif général de l'accord multilatéral qui l'incorpore⁸³⁵. Mais comme la plupart des accords libéralisant un secteur donné cherchent à garantir en même temps l'accès au marché qui a été ouvert par le

⁸³⁴ Pour des développements sur la notion d' « aides d'Etat », V. par exemple : Jean-Yves CHEROT, *Les aides d'Etat dans les communautés européennes*, Economica, 1998 ; Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, *opt. cit.*, p. 493-515.

⁸³⁵ Hanns ULLRICH, *art. cit.*, p. 76-77.

truchement dudit accord⁸³⁶, on comprend aisément que les dispositions qu'ils intègrent s'inscrivent également dans cet objectif. Donc, considérées de manière globale, ces règles hétérogènes forment un droit de la concurrence qui repose sur une politique visant à assurer l'accès aux marchés.

372. L'idée d'existence d'un droit se renforce grâce à la présence, au sein de l'OMC, d'un ORD chargé de l'application des accords négociés par les membres de l'organisation. Présentant tous les critères d'une juridiction au sens matériel du terme, son activité permet de dégager une jurisprudence pertinente, complément indispensable à tout droit autonome. Il est vrai que le contentieux spécifique à la matière « concurrentielle » n'est pas très conséquent, en revanche celui portant sur les pratiques commerciales impliquant des questions de concurrence paraît assez abondant. En somme, loin d'être absente du dispositif juridique de l'OMC, la concurrence se retrouve au cœur de son système ; elle est inséparable de la philosophie libre-échangiste qui l'anime.

⁸³⁶ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 266 ; Michèle RIOUX, « L'accès aux marchés et la concurrence », art. cit., p. 120-121.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

373. La justification de la pertinence du cadre de l'OMC pour la régulation de la concurrence internationale passait par l'établissement, entre autres, de deux éléments consistant dans l'insuffisance des solutions déjà testées et l'existence d'instruments juridiques permettant à l'organisation multilatérale de prendre en charge la question.

374. Ainsi, de par leur portée géographique limitée, les solutions unilatérales et bilatérales ne pouvaient avoir comme vocation que la régulation ponctuelle de situations de concurrence présentant des éléments d'extranéité. Dans le fond, les premières, fondées sur la théorie de l'effet et la théorie de l'unité économique, se heurtent à un problème de légalité internationale dû au principe de l'exclusivité territoriale de la compétence d'exécution, ce qui les rend très vulnérables et provoque une source potentielle de conflits en cas de divergence d'intérêts économiques entre les États concernés. Quant aux solutions bilatérales, leur grand défaut résulte de l'absence de valeur contraignante, et elles sont écartées dès lors que les enjeux économiques atteignent une certaine dimension.

375. De telles initiatives présentent le mérite d'exister, puis d'avoir su traiter efficacement quelques problèmes de comportements anticoncurrentiels. Néanmoins, dans un contexte de mondialisation économique très profonde, la régulation de la concurrence internationale ne saurait être affaire d'un État ou de deux entités, car ceux-ci semblent légèrement dépassés par les événements. En effet, on peut légitimement s'interroger sur la capacité d'un État seul, aussi puissant soit-il, à appréhender convenablement l'ensemble des comportements anticoncurrentiels de multinationales affectant son marché. Les difficultés éprouvées par les autorités européennes dans le cas de *Microsoft* démontrent que les rapports de force sont très équilibrés⁸³⁷. Dans cette affaire, même les plaignants concèdent que la sanction arrive trop tardivement, leur concurrent, en l'occurrence la multinationale, ayant réussi le temps de la procédure, à les évincer du marché⁸³⁸.

376. Par conséquent, seule une approche multilatérale dans le cadre de l'OMC demeure une option crédible, puisque cette dernière représente l'unique instance multilatérale

⁸³⁷ Préc., TPICE, 22 décembre 2004 et 17 septembre 2007 ; Antoine WINCKLER, « L'affaire Microsoft du point de vue du plaignant », », Rev. Lamy conc., octobre/décembre 2008, N° 17, pp. 168-172, spéc. p. 171.

⁸³⁸ Antoine WINCKLER, art. cit., p. 171.

dont l'objet touche à la question. La présence, dans son corpus juridique, d'un ensemble de règles de concurrence hétérogènes susceptibles de former un droit de la concurrence dont la mise en œuvre est assurée par un organe de règlement des litiges présentant les critères d'une juridiction au sens matériel, parachève la démonstration de l'adéquation du cadre en question. L'étude détaillée desdites règles a révélé que l'institution s'est toujours occupée des questions de concurrence. Mais son droit s'oriente vers les comportements étatiques et ne régit les comportements privés que de façon indirecte. Sans aller jusqu'à affirmer que les mesures étatiques ont complètement disparu, force est de constater qu'actuellement ce sont les comportements des acteurs non étatiques qui posent le plus de problèmes⁸³⁹. D'ailleurs, le contentieux traité devant l'ORD oppose généralement des entreprises privées, par États interposés⁸⁴⁰.

377. Donc le cadre et le droit de l'OMC sont pertinents, mais leur aptitude à prendre en compte tous les comportements anticoncurrentiels nés de la mondialisation des économies paraît moins évidente.

⁸³⁹ Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 165 et s. ; Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 405.

⁸⁴⁰ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 18-19.

PARTIE 2 : L'INADAPTATION DU DROIT DE L'OMC À LA MONDIALISATION DES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS

378. Il relève de la logique des choses qu'une organisation internationale comme l'OMC s'adresse prioritairement aux acteurs étatiques, puisque ces derniers représentent traditionnellement les sujets du droit international⁸⁴¹. Cependant, en matière de commerce international, ils ne désignent pas les seuls acteurs principaux ; d'autres acteurs, notamment les agents économiques privés, y occupent une place primordiale⁸⁴².

379. Et la mondialisation économique, issue du mouvement de libéralisation des échanges internationaux⁸⁴³, auquel l'OMC a grandement contribué grâce à son activité de libération et de régulation du commerce mondial⁸⁴⁴, crée un environnement permettant aux acteurs privés d'accroître leur puissance et de s'accaparer des marchés ainsi ouverts⁸⁴⁵. Leurs comportements anticoncurrentiels posent actuellement plus de problèmes que ceux des États, qui paraissent étroitement contrôlés⁸⁴⁶.

380. Face à une telle situation, le droit de l'OMC présente malheureusement un léger décalage⁸⁴⁷. En effet, préoccupée uniquement par la libéralisation des échanges internationaux, l'organisation ne s'attaque, depuis le GATT de 1947, qu'aux entraves étatiques empêchant l'ouverture des marchés nationaux à la concurrence étrangère⁸⁴⁸. De ce fait, ses divers accords contiennent des dispositions prohibant les mesures gouvernementales générant des effets anticoncurrentiels, sans rien prévoir pour les barrières à l'accès aux marchés érigées par les personnes privées, lesquelles sont en passe d'annihiler les avantages obtenus par le truchement de l'abaissement des droits de douanes et des obstacles étatiques⁸⁴⁹.

⁸⁴¹ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2012, p. 27 et s.

⁸⁴² Jean-Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Régis FABRE et Jean-Luc PIERRE, *Droit du commerce international*, Litec, 4^{ème} éd., 2012, p. 25 et s. ; Stéphane CHATILLON, opt. cit., p. 62 et s.

⁸⁴³ Claude Lucas de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, opt. cit., p. 72.

⁸⁴⁴ OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 39 et s. ; Jean-Luc HERRENSCHMIDT, art. cit., pp. 389-400, spéc. p. 393 et s.

⁸⁴⁵ OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 39 ; Walid ABDELGAWAD, in Walid ABDELGAWAD (dir.), opt. cit., p. 9-10.

⁸⁴⁶ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 68 ; Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 405 ; Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 469.

⁸⁴⁷ Jean-Marc SIROËN, opt. cit., p. 6.

⁸⁴⁸ Michel RAINELLI, art. cit., p. 60 ; Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 863 et s.

⁸⁴⁹ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 265 ; Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la

381. Le droit de la concurrence de l'OMC paraît donc inapproprié à la mondialisation des comportements anticoncurrentiels, parce qu'inachevé (Titre 1). Il requiert une nécessaire adaptation, notamment par le biais d'un nouvel accord multilatéral spécifique à la concurrence et intégrant l'ensemble des problématiques en suspens (Titre2).

problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 63-64 ; Richard BLASSELLE, *opt. cit.*, p. 137 et s.

TITRE 1 : LES RAISONS DE L'INADAPTATION DU DROIT DE L'OMC

382. À l'heure où la mondialisation semble relever de l'évidence, que dans bon nombre de secteurs économiques tels que la finance, l'informatique, l'internet, l'aéronautique, les marchés ne sont plus envisagés au niveau national mais à l'échelle internationale, que des entreprises très puissantes à l'instar de *Microsoft, Boeing, Airbus, Google, Apple, Samsung, Facebook*, pour ne citer que celles-ci, dotées d'un poids économique considérable et régissant sur des marchés internationaux particuliers, un droit de la concurrence régissant uniquement les comportements étatiques ne saurait convenir à la situation. Pourtant, c'est bien le cas du droit de l'OMC : il encadre les comportements anticoncurrentiels imputables aux États, mais ignore totalement les acteurs privés⁸⁵⁰.

383. L'incomplétude désigne ainsi l'une des principales raisons de son inadéquation par rapport aux défis posés par la mondialisation (Chapitre 1^{er}). Et les difficultés éprouvées par l'ORD, dans le cadre de la mise en œuvre de ce droit pour les affaires touchant significativement le domaine de la concurrence, achèvent la démonstration de l'inadéquation (Chapitre 2).

⁸⁵⁰ Jean-Marc SIROËN, opt. cit., p. 6 et 82 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 174 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/5, p. 37.

CHAPITRE 1 : UN DROIT DE LA CONCURRENCE INCOMPLET

385. Les principes fondamentaux de l'OMC que sont le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence, édictés dans les trois piliers, puis déclinés dans tous les autres accords multilatéraux et plurilatéraux négociés et adoptés au sein de l'institution, désignent incontestablement des principes de concurrence⁸⁵¹. Accompagnés d'un certain nombre de règles matérielles portant sur des domaines comparables à ceux composant traditionnellement le contenu des législations nationales sur la concurrence, l'ensemble de ces dispositions, ainsi que la jurisprudence de l'ORD découlant de leur mise œuvre, constituent un corps de normes suffisamment conséquent pour former un noyau de droit de la concurrence⁸⁵². Mais, hormis les quelques rares cas où s'observe une référence directe aux particuliers, le contenu vise exclusivement les comportements étatiques : de façon générale, les règles de l'OMC s'adressent aux États, et les dispositions concurrentielles ne font pas preuve d'exception⁸⁵³. Le système de règlement des litiges obéit aussi à la même logique. Il est fermé aux personnes privées, qui ne peuvent ni l'actionner, ni invoquer ses décisions et recommandations à l'encontre d'un État, la plupart des membres de l'institution refusant de leur accorder le moindre effet direct⁸⁵⁴.

386. Dans la mesure où il ne prend pas en compte les comportements des agents économiques privés, le droit de la concurrence de l'OMC doit être qualifié de droit réservé aux acteurs étatiques ou, en empruntant l'expression employée par certains publicistes pour évoquer la place des règles de concurrence dans le droit public, de « *droit public de la concurrence* »⁸⁵⁵. Il ne saurait par conséquent, dans son état actuel, être suffisamment efficace pour affronter les problèmes nés de la mondialisation des économies, notamment

⁸⁵¹ Cf. Section 1 : Des principes à incidence concurrentielle : Chapitre 1^{er} du titre 2 de la 1^{ère} partie du présent ouvrage.

⁸⁵² Cf. Chapitre 1^{er} : La présence d'un ensemble de règles de concurrence hétérogènes : Titre 2 de la 1^{ère} partie du présent ouvrage.

⁸⁵³ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 262 ; Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 182 et p. 172-174.

⁸⁵⁴ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 18. Sur la question de l'applicabilité directe du droit de l'OMC, V. : Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 84-87 ; Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 776, p. 243.

⁸⁵⁵ Jean-Yves CHEROT, *Droit public économique*, Economica, 2007, p. 16 ; Sophie NINCINSKI, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., 2005.

l'accroissement des pratiques anticoncurrentielles d'origine privée⁸⁵⁶. L'insuffisance de la substance matérielle de ses dispositions et l'étroitesse de leur champ d'application personnel (section 1) se cumulent avec les lacunes de la juridiction chargée de les mettre en œuvre (section 2).

Section 1 : Un contenu et un champ personnel restreints

387. Si l'on apprécie la portée des dispositions des accords de l'OMC intéressant la concurrence uniquement au regard des règles nationales encadrant la même matière, il est des chances qu'elle soit déconsidérée. Mais leur dimension peut se révéler tout autre, dès lors que l'on isole le niveau national du niveau international. Certes, l'État peut être acteur du commerce, donc susceptible de commettre des actes anticoncurrentiels ; néanmoins, ce n'est qu'au niveau international que s'observe une concurrence entre deux États, ce qui génère potentiellement d'autres pratiques anticoncurrentielles originales qui ne se rencontrent pas forcément dans un cadre strictement interne. L'objectif fondamental assigné au GATT, puis à l'OMC, suffit pour témoigner de cette réalité. Il consiste, selon Monsieur Michel Rainelli, à « *instaurer entre les nations une concurrence sans entraves* »⁸⁵⁷. Donc réussir à édicter des règles régissant les comportements anticoncurrentiels d'origine étatique constitue une œuvre non négligeable pour une recherche de régulation de la concurrence internationale. Cela est d'autant plus vrai que leur étude détaillée a permis d'apercevoir qu'elles s'adressent également aux personnes privées, mais de façon indirecte, et que certaines d'entre elles font des références expresses aux particuliers⁸⁵⁸.

388. Cependant, dans un contexte de mondialisation économique marquée par l'internationalisation croissante des comportements anticoncurrentiels d'origine privée⁸⁵⁹, l'approche indirecte du droit de l'OMC ne convient plus (I), une partie de ses dispositions contiennent des lacunes importantes, et des branches telles que le contrôle des concentrations ou les ententes internationales, demeurent non couvertes (II).

⁸⁵⁶ Frank ROMANO, opt. cit., p. 19-20 et p. 144-146 ; Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 54 et s.

⁸⁵⁷ Michel RAINELLI, art. cit., p. 60.

⁸⁵⁸ Cf. Chapitre 1^{er} : La présence d'un ensemble de règles de concurrence hétérogènes : Titre 2 de la 1^{ère} partie du présent ouvrage.

⁸⁵⁹ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 63 et s. ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 165 et s.

I - Un droit ignorant les acteurs économiques privés

389. L'OMC constitue une organisation internationale dont les membres sont uniquement des États ou des territoires douaniers distincts. L'accord unique, c'est-à-dire le texte qui établit l'institution et auquel sont annexés tous les autres accords, ne s'applique qu'auxdits membres⁸⁶⁰. Cela a notamment été rappelé dans l'affaire *Japon – Pellicules* où il a été énoncé que l'accord en question « *n'assujettit directement à des obligations que les gouvernements nationaux et les territoires douaniers distincts* »⁸⁶¹. Les règles de concurrence mises en évidence dans la première partie de cette thèse ayant comme source les textes des accords ainsi indiqués, elles sont par conséquent, à l'instar de toutes les autres dispositions, prévues à destination des seuls membres de l'organisation. Régissant leurs comportements « personnels », elles leur imposent généralement d'adopter une attitude ou de prendre des mesures visant également les particuliers.

390. L'emploi du verbe « ignorer » sert donc à mettre en exergue cette application indirecte du droit et non une véritable ignorance des acteurs privés, car ces derniers ne sont pas totalement occultés du dispositif, et l'on peut lire dans des accords tels que l'AGCS ou l'Accord sur les ADPIC, des passages y faisant une référence directe. En revanche, lesdits passages ressemblent plus à des déclarations de principe, dépourvues d'un quelconque effet contraignant⁸⁶². Seront ainsi envisagés : la question de l'applicabilité directe du droit de l'OMC (A) et le caractère déclaratoire des règles s'adressant expressément aux acteurs privés (B).

A/ Le défaut d'application directe du droit de l'OMC

391. En tant que droit constitué d'accords internationaux ayant une nature conventionnelle, l'applicabilité directe du droit de l'OMC doit s'apprécier au regard des critères d'application du droit international dans l'ordre juridique interne de façon générale.

⁸⁶⁰ Eric CANAL-FORGUES, *opt. cit.*, p. 18 ; Hélène RUIZ FABRI, « La contribution de l'Organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », in Eric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir.), *opt. cit.*, p. 356.

⁸⁶¹ Rapport du groupe spécial, *opt. cit.*, WT/DS44/R, paragraphe 10.52.

⁸⁶² Nicolas LIGNEUL, *opt. cit.*, p. 54-59 ; Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », *art. cit.*, p. 248-252.

En ce domaine, Messieurs Carreau et Marrella considèrent que la notion d'« applicabilité directe » recouvre un sens formel et un sens matériel : dans le premier cas, l'applicabilité directe renvoie aux modalités d'application en droit interne et pose une question générale consistant à savoir si le droit international peut, de lui-même, intégrer directement le droit positif interne, ou doit requérir une réception selon des modalités établies par ledit droit positif ; dans le second cas, l'expression renvoie à la précision du contenu du droit international et repose sur le fait de rechercher si un tel droit se trouve « *en mesure de créer de sa propre autorité des droits et obligations dans le chef des particuliers, ces droits et obligations faisant alors partie directement du droit positif interne tel qu'il est appliqué et sanctionné par le juge national* »⁸⁶³. Ils relèvent par la suite qu'au regard de l'applicabilité au sens formel, le droit international est en général « *muet quant à la manière dont ses règles s'incorporent au droit interne de l'État* »⁸⁶⁴. L'OMC ne fait pas figure d'exception, car ses accords ne contiennent aucune mention relative à la question⁸⁶⁵. On peut tout au plus souligner les dispositions du paragraphe 4 de l'article XVI de l'Accord instituant l'OMC, qui prévoit que « *chaque membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe* ». L'approche indirecte ressort incontestablement : l'organisation ne cherche pas à régir directement les comportements autres que ceux de ses membres. Cela se confirme par l'emploi du terme « membres » dans les trois piliers ainsi que tous les autres accords. Les règles de concurrence qu'ils incorporent subissent alors le même régime. Elles s'appliquent aux membres, qui sont tenus de ne pas adopter une législation tolérant ou encourageant des comportements qui transgresseraient lesdites règles. Une telle approche ne saurait être satisfaisante pour une matière comme la concurrence, dont les véritables destinataires de la réglementation sont les commerçants, c'est-à-dire les personnes privées pour une grande majorité. Le défaut d'édiction de modalités d'application des accords en question dans l'ordre juridique des membres de l'institution multilatérale, constitue une lacune importante entamant l'efficacité du droit de la concurrence, dont l'existence est défendue dans la première partie du présent ouvrage.

392. Poursuivons le raisonnement en s'appuyant toujours sur les critères dégagés par Messieurs Carreau et Marrella en ce qui concerne, cette fois-ci, l'applicabilité directe du

⁸⁶³ Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, *Droit international*, Pedone, 11^{ème} éd., 2012, p. 530.

⁸⁶⁴ Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, *opt. cit.*, p. 531.

⁸⁶⁵ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *opt. cit.*, p. 85 ; Lamy Droit Economique, *opt. cit.*, n° 776, p. 249.

droit international au sens matériel du terme. Selon eux, toutes les normes du droit international sont susceptibles théoriquement de produire un effet direct dans l'ordre interne, mais « *tout dépend de leurs caractéristiques propres, de leur plus ou moins grande précision et netteté* »⁸⁶⁶. Autrement dit, la question relève d'une analyse casuistique : les règles du droit international ne contenant généralement aucune indication évoquant un caractère « *auto-exécutoire* » ou « *self executing* », ce sont les juridictions internes qui décident de l'existence de l'applicabilité directe au bénéfice de telle ou telle disposition internationale⁸⁶⁷. Cette situation aurait pu logiquement donner lieu à une consécration de la reconnaissance de l'effet direct dans bon nombre de pays, sinon du droit de l'OMC, au moins de plusieurs de ses dispositions. Mais il n'en a rien été, la plupart des membres de l'organisation, parmi lesquels les États-Unis et l'Union européenne considérés comme très influents, refusant de leur accorder un quelconque effet direct⁸⁶⁸.

393. Concernant par exemple le cas de l'Union européenne, dès les phases de ratification des accords conclus au moment de la création de l'OMC, transparaît une volonté de ne pas les assortir d'une applicabilité directe au sein de l'ordre juridique communautaire, laquelle volonté s'est matérialisée dans la décision du Conseil du 22 décembre 1994 mentionnant que, « *par sa nature, l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des États membres* »⁸⁶⁹. Mais la question sera réellement tranchée par la CJUE, qui va transposer sa jurisprudence en la matière dans le cadre du GATT de 1947 au cas des accords de l'OMC⁸⁷⁰. D'aucuns ont jugé son approche très critiquable dans la mesure où l'actuelle OMC a comblé les lacunes de son prédécesseur, notamment en réduisant considérablement la part de souplesse qui caractérisait l'ancien système et en mettant en place des dispositifs plus juridiques ainsi qu'un mécanisme de règlement des différends beaucoup plus contraignant⁸⁷¹. Il est vrai qu'en prenant appui sur le critère selon

⁸⁶⁶ Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, *opt. cit.*, p. 538-539.

⁸⁶⁷ Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, *opt. cit.*, p. 539.

⁸⁶⁸ Magdalena LICKOVA, *La Communauté européenne et le système GATT/OMC*, Pedone, 2005, p. 124 ; Geneviève BURDEAU, « Aspects juridiques de la mise en œuvre des accords de Marrakech », in SFDI, *opt. cit.*, pp. 203-250, spéc. p. 243-244 ; Lamy Droit Economique, *opt. cit.*, n° 776, p. 249.

⁸⁶⁹ Décision du Conseil de l'Union européenne n° 94/800/CE, 22 décembre 1994, *relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994)*, JOCE n° L 336, 23 décembre 1994, p. 1-2, spéc. le dernier paragraphe du préambule ; Geneviève BURDEAU, *art. cit.*, p. 244.

⁸⁷⁰ Magdalena LICKOVA, *opt. cit.*, p. 116-129 ; Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, *opt. cit.*, p.550-551.

⁸⁷¹ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *opt. cit.*, p. 85 ; Magdalena LICKOVA, *opt. cit.*, p. 123 ; Frédérique BERROD, « La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la

lequel l'applicabilité directe d'une norme internationale dépend de son degré de précision ou de netteté, l'on pourrait légitimement s'attendre à ce que les juridictions internes tiennent compte du caractère très précis des dispositions de certains accords de l'OMC, tels que l'Accord sur les ADPIC. La nature quasi juridictionnelle de l'ORD, chargé de veiller à la mise en œuvre des accords en question, milite également en faveur d'une reconnaissance de leur application directe dans les ordres juridiques internes. En dépit de ces éléments, les juges européens ont préféré maintenir leur jurisprudence établie le sous le GATT de 1947, consacrée pour la première fois dans l'affaire *International Fruit Company*⁸⁷². En effet, saisie d'une question préjudicielle émanant d'une juridiction hollandaise, la Cour était invitée dans cette affaire à se prononcer sur l'éventuel effet direct des traités passés par la Communauté européenne, plus particulièrement celui du GATT 1947 et son article XI. Pour ce faire, elle pose deux conditions : d'abord, elle exige que la Communauté soit liée par la disposition de droit international, puis de rechercher si ladite disposition est de « *nature à engendrer pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice* »⁸⁷³. Déduisant en toute logique la satisfaction de la première condition du fait que les États membres étaient déjà liés par le GATT au moment de la conclusion de l'accord instituant la Communauté économique européenne (CEE), que cette dernière a poursuivi les objectifs ainsi contractés et s'est vu conférer certaines compétences de ses membres, notamment celles relatives aux « *fonctions inhérentes à la politique tarifaire et commerciale* », la Cour déclare que l'appréciation de la réalisation de la deuxième condition passe par une analyse à la fois de « *l'esprit, l'économie et les termes* » du GATT⁸⁷⁴. Faisant ressortir « *la grande souplesse [des] dispositions* » de l'accord en question, précisément celles prévoyant des possibilités de dérogation, la faculté d'édiction unilatérale de mesures relatives à la suspension d'engagements issus de l'accord, et un système de règlement des différends axé sur la négociation, elle conclut que « *ces éléments suffisent à montrer que, placé dans un tel contexte, l'article XI de l'Accord général n'est pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, le droit de s'en prévaloir en justice* »⁸⁷⁵. Autrement dit, la disposition objet de la question préjudicielle, ainsi que le texte qui l'incorpore, ne peuvent pas d'eux-mêmes créer un effet direct dans l'ordre juridique communautaire et sont par conséquent non invocables devant les juridictions. Une telle

mondialisation – A propos de l'arrêt de la Cour de justice du 23 novembre 1999, Portugal c/ Conseil », RTD eur., n° 3, pp. 419-450, spéc. p. 423 et s.

⁸⁷² Magdalena LICKOVA, opt. cit., p. 118 ; CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres/ Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. Jointes 21-24/72, Rec. 1972, p. 1219.

⁸⁷³ Préc., CJCE, 12 décembre 1972, paragraphes 7 et 8.

⁸⁷⁴ Préc., CJCE, 12 décembre 1972, paragraphes 10-20.

⁸⁷⁵ Préc., CJCE, 12 décembre 1972, paragraphes 21-27.

position sera confirmée plus tard dans l'affaire *Allemagne c/ Conseil* du 5 octobre 1994⁸⁷⁶. Elle semble aisément compréhensible, eu égard à la nature juridique limitée du GATT de 1947. En revanche, elle l'est un peu moins dans le cadre de l'OMC. Pourtant, la Cour européenne va la réitérer dès lors qu'il s'est agi, cette fois-ci, d'appréciation de l'effet des accords de ladite organisation au sein de l'Union européenne. L'arrêt *Portugal c/ Conseil*⁸⁷⁷ désigne l'illustration qui revient le plus régulièrement dans la doctrine⁸⁷⁸. Il est vrai que, surgie à peine plus d'une année après l'entrée en vigueur des accords OMC (la requête de l'État portugais ayant été déposée au greffe de la Cour le 3 mai 1996), cette affaire constituait une bonne occasion de connaître la position des juridictions européennes par rapport à l'effet dans l'ordre interne, des dispositions issues des textes de l'organisation nouvellement créée, d'autant plus que le requérant se plaignait de l'incompatibilité d'une décision communautaire avec des règles et principes fondamentaux de l'organisation précitée et alléguait l'existence d'un effet direct des dispositions en cause⁸⁷⁹. Pour être plus précis, le Portugal s'opposait à la décision 96/386/CE du Conseil portant sur la conclusion de mémorandums d'accord avec l'Inde et le Pakistan, visant l'accès aux marchés des produits textiles ; il voyait en cette décision, une violation de certaines règles et principes fondamentaux de l'OMC, en l'occurrence ceux du GATT de 1994, de l'Accord sur les textiles et les vêtements (ATV) et de l'Accord sur les procédures de licences d'importation, puis soutenait son annulation en conséquence⁸⁸⁰. Les juges européens, tout en concédant la pertinence de l'argumentaire développé par l'État du Portugal selon lequel, « *les accords de l'OMC présentent des différences significatives par rapport au GATT de 1947, notamment en ce qu'ils introduisent une profonde transformation dans le système de règlement des litiges* » et méritaient par conséquent de ne pas faire l'objet d'une transposition de la jurisprudence antérieure, ils ont néanmoins refusé d'accueillir le raisonnement dans son intégralité. D'abord, ils ont souligné que si effectivement les dispositions des accords OMC présentent « *des différences notables* » vis-à-vis des dispositions du GATT de 1947 et ce, en raison du renforcement du mécanisme de règlement des différends, il n'en demeure pas moins que le système résultant de tels

⁸⁷⁶ CJCE, 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-280/93, Rec., p. I-4973 ; Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, opt. cit., p. 550 ; Magdalena LICKOVA, opt. cit., p. 120-121.

⁸⁷⁷ CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-149/96, Rec., p. 8395 ; commenté notamment par Monsieur Rostane MEHDI, « *Jurisprudence communautaire. Affaire C-149/96 République portugaise c/ Conseil de l'Union européenne* », JDI, 2000, n° 2, pp. 455-459.

⁸⁷⁸ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 85-86 ; Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, opt. cit., p. 550 ; Magdalena LICKOVA, opt. cit., p. 125.

⁸⁷⁹ Préc., CJCE, 23 novembre 1999, paragraphes 1, 25 et s.

⁸⁸⁰ Préc., CJCE, 23 novembre 1999, paragraphes 1, 25 et s.

accords prévoit tout de même « *une place importante à la négociation entre les parties* »⁸⁸¹. Ensuite, ils ont rappelé que d'autres membres de l'OMC, dont certains partenaires commerciaux importants de la Communauté européenne, n'ont pas reconnu l'effet direct des dispositions des accords OMC dans leurs ordres juridiques internes, que le défaut de réciprocité dans l'application de règles issues d'instruments juridiques fondés sur « *le principe de réciprocité des avantages mutuels* » risquait de provoquer « *un déséquilibre dans l'application des règles de l'OMC* »⁸⁸². Ils en ont déduit que l'imposition, dans ces conditions, d'une obligation aux juridictions communautaires d'écarter l'application des dispositions de droit interne qui ne seraient pas conformes aux règles de l'OMC, priverait les autorités politiques d'user de la possibilité offerte, ne serait-ce temporairement, pour trouver des solutions négociées⁸⁸³. Aussi motivée qu'elle puisse paraître, la position des juges européens n'a pas bougé par rapport à l'approche adoptée dans la jurisprudence concernant le GATT de 1947 : la mise en avant de la négociation afin de justifier la non-invocabilité des accords de l'OMC, évoque « *la formulation employée dans l'affaire International Fruit Company dans laquelle la Cour a mis l'accent sur le fait que le GATT est un accord fondé le principe de négociation d'avantages réciproques* »⁸⁸⁴.

394. Ainsi, à lui seul, l'exemple du cas européen suffit pour illustrer l'absence d'effet direct des règles de l'OMC. Pour ce qui concerne les dispositions relatives à la concurrence, cela veut dire que leurs destinataires réels, à savoir les particuliers, ne peuvent pas s'en prévaloir directement devant les juridictions de leurs pays ; ce qui constitue incontestablement un frein à leur efficacité.

395. Le défaut d'applicabilité directe ne représente pas le seul élément reflétant la volonté d'ignorer les acteurs économiques privés. L'absence de droit dérivé désigne également un autre élément indicateur. En tant qu'organisation internationale dotée de la personnalité juridique, on aurait pu logiquement s'attendre à voir l'OMC exercer quelques fonctions créatrices de droit. Malheureusement, comme le souligne Madame Geneviève Burdeau, à part une allusion à la « *vie administrative* » de l'organisation, particulièrement en ce qui a trait à « *l'établissement du budget* » ainsi qu'au « *règlement du personnel* », les textes observent un grand silence quant à l'existence d'un droit dérivé⁸⁸⁵. D'aucuns pensent que ce

⁸⁸¹ Préc., CJCE, 23 novembre 1999, paragraphe 36.

⁸⁸² Préc., CJCE, 23 novembre 1999, paragraphe 43-45.

⁸⁸³ Préc., CJCE, 23 novembre 1999, paragraphe 40.

⁸⁸⁴ Magdalena LICKOVA, opt. cit., p. 126.

⁸⁸⁵ Geneviève BURDEAU, art. cit., p. 240. V. également : Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 777, p. 249.

silence est délibéré et qu'il traduit la « *prudence des États à l'égard de l'OMC dont ils ont voulu canaliser l'action et l'empêcher d'avoir une fonction créatrice de droit* »⁸⁸⁶. Autrement dit, les États se méfiaient de l'OMC et voulaient qu'elle reste sous leur contrôle. Il est évident que lui reconnaître la faculté de créer un droit dérivé qui s'imposerait à eux ou directement aux particuliers reviendrait à favoriser son émancipation de la tutelle étatique. Donc, l'un des meilleurs moyens d'éviter la réalisation d'une telle situation passe, par exemple, par la non-édiction de ladite faculté dans les textes.

396. L'impossibilité de générer un droit dérivé, quand bien même elle ne représenterait pas en soi une preuve de la non-prise en compte des personnes privées par le droit de l'OMC, donne indéniablement l'impression d'une construction inachevée. À titre d'illustration, et sans rechercher systématiquement une comparaison avec le droit de l'Union européenne, le rôle joué par le droit dérivé dans la formation en général du droit de cette dernière⁸⁸⁷ démontre toute la contribution qu'il peut apporter au raffinement du droit d'une organisation internationale. Le dispositif juridique de l'OMC est loin d'atteindre le stade de plénitude : l'absence de contrainte dans les quelques règles régissant les comportements d'origine privée conforte le constat.

B/ L'absence de contrainte dans les rares règles relatives aux comportements d'origine privée

397. En dépit du fait que les règles de l'OMC s'adressent exclusivement aux États ainsi qu'aux comportements qui leur sont imputables, il est des cas où s'observe une référence directe aux comportements privés. En effet, certains accords, parmi lesquels les deux piliers de l'organisation, mentionnent expressément des acteurs autres qu'étatiques. C'est le cas de l'Accord sur les ADPIC, de l'AGCS ou de l'Accord sur les marchés publics. Le premier constitue le texte le plus illustrateur en la matière : d'abord, son préambule énonce que les droits de propriété intellectuelle désignent « *des droits privés* », ce qui sous-entend que les dispositions de l'accord devraient être considérées comme étant d'application directe⁸⁸⁸ ; ensuite, il prévoit des droits et des obligations à l'égard des « *ressortissants* » des États

⁸⁸⁶ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *opt. cit.*, p. 84.

⁸⁸⁷ Pour des développements sur le droit dérivé de l'Union européenne, consulter par exemple, l'ouvrage de Monsieur Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, L.G.D.J., 6^{ème} éd., 2010, spéc. p. 161 et s.

⁸⁸⁸ Geneviève BURDEAU, *art. cit.*, p. 243.

membres⁸⁸⁹. Comme si cela ne suffisait pas, il précise même que le terme « ressortissants » recouvre des « *personnes physiques ou morales [...]* »⁸⁹⁰. Selon une approche à peu près similaire, l'AGCS aussi s'applique aux services et aux « *fournisseurs de services* »⁸⁹¹. Quant à l'Accord plurilatéral sur les marchés publics, il effectue à son tour une référence directe aux « *fournisseurs étrangers ou nationaux* »⁸⁹².

398. Donc, les particuliers devraient théoriquement pouvoir invoquer les dispositions desdits accords⁸⁹³. Mais se trouvant dans l'incapacité de saisir directement l'ORD, et face au refus des juridictions nationales d'admettre l'invocabilité des règles de l'OMC au profit des justiciables des États membres de l'organisation, les personnes privées ne disposent, hormis le fait de s'en remettre à l'État dont elles ressortent, d'aucuns moyens pour agir directement afin de faire valoir leurs droits. L'absence de contrainte est, par conséquent, manifeste ; d'autant plus que la formulation des dispositions en question, notamment celles contenues dans les préambules des textes précités, évoque davantage des déclarations de principe à portée générale, plutôt que de véritables obligations juridiques assorties d'une valeur contraignante.

399. Pour le cas particulier des règles concurrentielles s'adressant directement aux personnes privées, outre le fait qu'elles n'échappent pas au constat exposé, l'absence de contrainte se manifeste également au travers des obligations incombant aux États. Là encore, l'AGCS et l'Accord sur les ADPIC fournissent des exemples probants. Le premier vise directement, dans le paragraphe 1 de son article IX, les pratiques anticoncurrentielles de fournisseurs de services autres que celles relevant de son article VIII⁸⁹⁴. Afin de les combattre, il énonce que chaque État membre se prêtera à des consultations, dès lors que demande lui en est faite par un autre membre (Paragraphe 2). Cependant, il ne définit pas les pratiques incriminées, parlant d'élimination de « *pratiques visées au paragraphe 1* », alors que dans ledit paragraphe 1, il se contente de déclarer que « *les membres reconnaissent que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services, autres que celles qui relèvent de l'article VIII, peuvent limiter la concurrence et par là restreindre le commerce des*

⁸⁸⁹ V. les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, notamment la Partie I sur les « Dispositions générales et principes fondamentaux ».

⁸⁹⁰ Paragraphe 3 de l'article premier de l'Accord sur les ADPIC.

⁸⁹¹ V. les dispositions de l'AGCS, en l'occurrence, les articles II.2, V.6, VI.2 a), VII.3, VIII, IX, XVII et XXVII c) ; Patricia ROSIAK, *opt. cit.*, p. 86.

⁸⁹² Cf. Accord sur les marchés publics, notamment son préambule, les articles VII et VIII.

⁸⁹³ Patricia ROSIAK, *opt. cit.*, p. 86.

⁸⁹⁴ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », *art. cit.*, p. 250.

services ». Non seulement la formulation ne comporte aucune définition, en plus elle s'analyse, selon certains auteurs comme Madame Anne Chareyre de Beaumont, en une déclaration de principe, dépourvue d'une quelconque valeur contraignante⁸⁹⁵. Par ailleurs, l'absence de définition des pratiques anticoncurrentielles en question, cumulée au défaut de sanctions à leur égard, cantonnent finalement le dispositif à un rôle d'organisation de la coopération bilatérale entre les États dans le but de faciliter l'application extraterritoriale de leurs législations internes sur la concurrence⁸⁹⁶. Rappelons que ces deux techniques d'encadrement des comportements anticoncurrentiels transfrontaliers ont déjà fait l'objet d'une étude dans le cadre de la première partie du présent ouvrage, qui a permis de démontrer qu'en dépit de leur aptitude à apporter des solutions ponctuelles, elles suscitent souvent des difficultés dans la mise en œuvre et sont loin d'être totalement efficaces⁸⁹⁷. L'intérêt pour les règles de l'OMC repose sur leur caractère multilatéral, mais s'atténue à partir du moment où s'opère un renvoi à l'application de l'unilatéralisme ou du bilatéralisme, qui ont tous deux montré leurs limites dans l'encadrement de la concurrence internationale. Cela se vérifie avec les dispositions de l'autre pilier prévoyant des règles s'adressant directement aux personnes privées.

400. En effet, comme nous l'avons déjà dit, l'Accord sur les ADPIC prévoit en ses articles 8, 31 et 40, des dispositions régissant la concurrence dans le secteur de la propriété intellectuelle. Visant les comportements des États et les particuliers, l'article 40 semble néanmoins celui qui encadre directement le comportement des entreprises. Adoptant une formulation similaire à celle de l'article IX de l'AGCS, il énonce dans son paragraphe 1 que « *les Membres conviennent que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologie* ». Ainsi, à l'instar du paragraphe 1 dudit article IX, les rédacteurs constatent la reconnaissance de la nocivité des pratiques anticoncurrentielles dans les échanges de droits de propriété intellectuelle, et une invitation des États membres à les combattre. Mais la généralité des termes employés, ainsi que l'absence de définition des pratiques ciblées, ne tendent pas vers la consécration d'une véritable obligation. Au contraire, tout laisse croire à une déclaration de principe, dépourvue de valeur contraignante. L'analyse est également partagée

⁸⁹⁵ Anne CHAREYRE de BEAUMONT, opt. cit., p. 380.

⁸⁹⁶ Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 78-79 ; Anne CHAREYRE de BEAUMONT, opt. cit., p. 381-382.

⁸⁹⁷ Cf. Titre 1 : Les limites de l'unilatéralisme et du bilatéralisme dans l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles internationales : Partie 1 du présent ouvrage.

par Monsieur Walid Abdelgawad, qui qualifie le paragraphe en question de « *simple texte déclaratoire* »⁸⁹⁸. Elle se renforce avec la lecture du paragraphe 2, dans la mesure où celui-ci dispose que l'application de l'Accord sur les ADPIC doit être écartée dès lors qu'elle entre en conflit avec les droits nationaux sur la concurrence⁸⁹⁹.

401. En somme, au lieu d'une obligation, nous sommes en présence d'une exhortation à combattre les pratiques anticoncurrentielles, qui se traduit – d'une part, par un encouragement des États parties à adopter en conformité avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, « *des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler* » lesdites pratiques pouvant consister par exemple, en des « *clauses de rétrocession exclusives, des conditions empêchant la contestation de la validité et un régime coercitif de licences groupées* », et – d'autre part, par l'organisation d'une procédure de consultations⁹⁰⁰. Concernant le dernier aspect, il est imposé à tout État membre sollicité de se livrer à des consultations avec un autre État membre qui se plaint de la violation de son droit de la concurrence interne par une entreprise ressortissante du premier (Paragraphe 3 de l'article 40). La procédure instituée évoque les mécanismes de consultations qu'instaurent la plupart des accords bilatéraux relatifs à l'application des législations nationales sur la concurrence, dont ceux étudiés dans la première partie du présent ouvrage⁹⁰¹. Sachant que de tels accords ont été conclus dans le but de prévenir les difficultés liées à l'extraterritorialité des règles de concurrence et de faciliter leur mise en œuvre, il est difficile de concevoir que le système de consultations prévu dans le cadre de l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC poursuive une finalité différente. Partant, il s'agit bel et bien d'une consécration de l'application extraterritoriale des lois nationales sur la concurrence, à partir du moment où, comme l'explique Monsieur Nicolas Ligneul, « *c'est la violation du droit interne de la concurrence d'un État et non d'une règle convenue multilatéralement qui justifie la demande de consultation* »⁹⁰². Là encore, le caractère multilatéral plaidant pour la pertinence du cadre de l'OMC pour la régulation des comportements anticoncurrentiels dans un contexte de mondialisation, n'est pas vraiment au rendez-vous. Au contraire, les dispositions examinées jusqu'ici renvoient à des techniques qui, quand bien même elles pourraient être efficaces à certains égards, sont nettement insuffisantes par rapport à la dimension de la question.

⁸⁹⁸ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 249. V. aussi : Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 79.

⁸⁹⁹ Paragraphe 2 de l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC ; Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 79.

⁹⁰⁰ Paragraphes 2 et 3 de l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC.

⁹⁰¹ Cf. Chapitre 2 : Les insuffisances des accords bilatéraux : Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

⁹⁰² Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 80.

402. Pour terminer l'étude des règles de concurrence faisant référence aux personnes privées, attardons-nous un peu sur le contenu de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics. En effet, consacrant l'ouverture des marchés ainsi mentionnés à la concurrence internationale, il établit dans ses articles VII à XVII un ensemble d'obligations à l'égard des entités chargées de leur passation. Elles visent à assurer que les marchés visés sont réellement ouverts, et l'égalité des possibilités de concurrence entre fournisseurs nationaux et étrangers pour leur attribution⁹⁰³. Autrement dit, elles traduisent un véritable droit de la concurrence dans le secteur des marchés publics⁹⁰⁴. Ainsi, tout en s'adressant aux États membres, l'accord cible « *les entités passant des marchés publics* »⁹⁰⁵. Le fait qu'il existe au sein de certaines parties signataires, comme par exemple l'Union européenne, une possibilité que de telles entités soient des entreprises privées, permet de considérer le droit de la concurrence établi par l'Accord sur les marchés publics comme « *un droit entre les entreprises* »⁹⁰⁶. En revanche, son objet très circonscrit empêche de conclure à une quelconque généralisation à l'ensemble du secteur : ce droit se limite aux conditions de passation des marchés publics ; de plus, hormis les cas concernant les attitudes étatiques, il ne permet pas de sanctionner les comportements anticoncurrentiels adoptés par les entreprises dans les marchés internationaux⁹⁰⁷.

403. L'absence de contrainte dans les dispositions relatives aux pratiques d'origine privée ne désigne pas la seule lacune témoignant du caractère incomplet du droit de l'OMC. La substance des règles régissant les domaines relevant traditionnellement de la concurrence paraît également insuffisante.

II - Un contenu matériel insuffisant

404. Les accords de l'OMC regorgent suffisamment de dispositions portant sur la concurrence qui, prises dans leur globalité, présentent une cohérence et une finalité commune permettant d'y voir les rudiments d'un droit de la concurrence. En effet, de l'interdiction de la discrimination anticoncurrentielle au contrôle des subventions étatiques, en passant par la

⁹⁰³ Anne CHAREYRE de BAUMONT, *opt. cit.*, p. 390.

⁹⁰⁴ Nicolas LIGNEUL, *opt. cit.*, p. 80.

⁹⁰⁵ V. les articles VII à XVII de l'Accord sur les marchés publics.

⁹⁰⁶ Nicolas LIGNEUL, *opt. cit.*, p. 80.

⁹⁰⁷ Nicolas LIGNEUL, *opt. cit.*, p. 80.

prohibition de l'abus de position dominante, sans oublier la concurrence déloyale et les dumpings, toutes ces branches font l'objet d'une appréhension de la part desdites dispositions. Cependant, les domaines régis sont parfois mal couverts⁹⁰⁸. Surtout, des composantes essentielles du droit de la concurrence, notamment les ententes et le contrôle des concentrations, ne figurent dans aucun texte de l'organisation. Une telle situation, outre le fait de démontrer l'oubli concernant les acteurs économiques privés, car les composantes faisant défaut régissent les comportements de ces derniers, révèle de façon générale l'inachèvement du droit de la concurrence de l'OMC.

405. Si l'absence de règles portant sur le contrôle des concentrations entre entreprises et sur la prohibition des ententes internationales constitue en soi une limite ne nécessitant aucune démonstration supplémentaire (B), en revanche l'insuffisance des dispositions concurrentielles déjà existantes requiert une mise en évidence (A).

A/ Les limites des dispositions concurrentielles existantes

406. Les lacunes de certaines dispositions concurrentielles des accords de l'OMC, en l'occurrence l'article IX de l'AGCS et l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC, ont déjà fait l'objet d'une mention dans le paragraphe précédent. Nous n'y reviendrons pas à nouveau. La précision étant effectuée, l'examen individuel de l'ensemble des règles de concurrence incorporées dans les accords en question donne l'impression qu'elles présentent quasiment toutes des limites. Ce qui n'est pas choquant en soi, dans la mesure où la perfection est difficilement atteignable dans le domaine du droit. D'ailleurs, selon nous, elle ne désigne pas la première qualité recherchée. Une règle de droit régit des situations. Et l'on attend d'elle une capacité d'appréhension optimale, autrement dit de l'efficacité. Une règle qui encadre des comportements ou des situations tout en prévoyant soit des exceptions larges, soit en occultant quelques aspects importants de la matière, aura forcément tendance à être moins efficace par rapport à son objet. Ainsi, vis-à-vis de l'objet d'encadrement de la concurrence internationale, l'efficacité des règles concurrentielles de l'OMC s'atténue à cause des exceptions aux principes fondamentaux et de la nature de certaines dispositions matérielles.

⁹⁰⁸ V. en ce sens : OMC, opt. cit., WT/WGTCP/5, p. 37.

407. D'abord concernant les principes fondamentaux de l'institution multilatérale, comme déjà souligné, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée forment un principe unique de prohibition de la discrimination dont l'objet consiste à garantir l'égalité des possibilités de concurrence⁹⁰⁹. Sans remettre en cause l'apport indéniable d'un tel principe en matière de régulation de la concurrence internationale, surtout au niveau des comportements étatiques, force est de reconnaître l'existence d'une exception prévue par les textes, et qui ne va pas forcément dans le sens de ladite régulation. Il s'agit bien évidemment de la tolérance des unions douanières et des zones de libre-échange, énoncée à l'article XXIV du GATT de 1994. Aux termes du paragraphe 4 de cet article, les membres reconnaissent « *qu'il est souhaitable d'augmenter la liberté du commerce en développant, par le moyen d'accords librement conclus, une intégration plus étroite des économies des pays participant à de tels accords* ». Donc plus qu'une tolérance, le texte encourage la conclusion d'accords commerciaux régionaux ou la réalisation d'intégrations économiques régionales. Il précise néanmoins que « *l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange doit avoir pour objet de faciliter le commerce entre les territoires constitutifs et non d'opposer des obstacles au commerce d'autres parties contractantes avec ces territoires* ». La précision n'enlève rien au fait que la constitution d'intégrations économiques régionales rentre ouvertement en contradiction avec le principe de non-discrimination, en ce sens qu'elle vise forcément à établir un régime préférentiel pour les États signataires au détriment des pays tiers⁹¹⁰. L'Union européenne représente, par exemple, une belle illustration en ce domaine, de même que l'ALENA, ou encore la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO).

408. S'agissant des limites des dispositions matérielles, celles portant sur le dumping retiennent particulièrement l'attention tant elles favorisent clairement, sur certains aspects, le développement des pratiques anticoncurrentielles au lieu d'assurer le maintien du jeu de la concurrence⁹¹¹. En effet, conçus pour encadrer la pratique commerciale déloyale que représente le dumping, l'article VI du GATT et l'Accord antidumping précédemment

⁹⁰⁹ Cf. Section 1 : Des principes à incidence concurrentielle : Chapitre 1^{er}, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

⁹¹⁰ David ROCA, *Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intracommunautaire – Droits communautaire et de l'OMC comparés*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, t. 1, mai 2007, p. 140-141 ; Hubert LESAFFRE, art. cit., p. 346 ; Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 160.

⁹¹¹ David ROCA, *Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intracommunautaire – Droits communautaire et de l'OMC comparés*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, t. 2, mai 2007, p. 203 ; Habib GHERARI, « L'influence de l'Organisation mondiale du commerce sur le droit de la concurrence (à travers le cas des Etats-Unis et du Mexique) », art. cit., p. 259-260 ; Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence », art. cit., p. 6-7 ; Zalmai HAQUANI et Philippe SAUNIER, opt. cit., p. 40.

évoqués, édictent des mesures qui suscitent de réelles interrogations quant à leur objet. Considérant d'abord le dumping comme « *l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale* », ils ne l'interdisent pas en soi mais le déclare condamnable uniquement lorsqu'il « *cause ou menace de causer un préjudice important à une branche de production nationale* »⁹¹². La pratique s'apparentant à une « *forme particulière de prix prédateur* »⁹¹³, elle aurait pu faire l'objet d'une interdiction *per se* aux fins d'un encadrement plus efficace. Certes, elle générerait d'autres difficultés, notamment en termes de mise œuvre. Néanmoins, la formulation adoptée en l'espèce provoque une réduction du champ d'application des dispositions, en excluant des pratiques anticoncurrentielles qui auraient dû légitimement y figurer⁹¹⁴. D'ailleurs, la définition de dumping retenue ici ne satisfait personne, à commencer par les États membres de l'OMC qui la remettent en cause⁹¹⁵.

409. Hormis les difficultés posées par la notion même de dumping, les véritables limites des dispositions régissant la matière reposent sur la nature des solutions proposées afin de contrecarrer les effets des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être qualifiées ainsi. De telles solutions sont d'abord énoncées par le paragraphe 2 de l'VI précité, qui dispose qu'« *en vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping, toute partie contractante pourra percevoir sur tout produit faisant l'objet d'un dumping un droit antidumping dont le montant ne sera pas supérieur à la marge de dumping afférente à ce produit* ». Donc, face à un comportement relevant d'un dumping, le remède pour assurer le maintien de la loyauté des échanges consiste en l'adoption de droits antidumping dont les conditions d'édition sont précisées dans l'Accord antidumping. L'esprit de la règle est louable dans la mesure où, comme l'objectif du GATT vise la garantie d'une concurrence loyale entre les États, l'idée d'octroyer à un État victime d'une pratique commerciale déloyale de la part d'un autre État, en l'occurrence des prix très bas, la faculté pour celui-ci de prendre des mesures de compensation, notamment par le biais de droits de douane, peut désigner un excellent moyen de restauration de la situation de concurrence. Mais la conception choisie ne génère pas une efficacité en termes de maintien du jeu concurrentiel. C'est même plutôt l'inverse qui se

⁹¹² Paragraphe 1 de l'article VI du GATT.

⁹¹³ Nicolas LIGNEUL, *opt. cit.*, p. 62.

⁹¹⁴ Anne CHAREYRE de BEAUMONT, *opt. cit.*, p. 363 ; Nicolas LIGNEUL, *opt. cit.*, p. 62-63. Dans le même ordre d'idées, Monsieur David ROCA souligne que l'article 2.1 de l'Accord antidumping fait ressortir une « *acception étroite de la notion de dumping* ». Selon lui, « *seul le dumping sur les prix portant sur les produits est pris en considération, et non les dumpings monétaire, social ou environnemental, ce qui s'explique par l'objectif mercantiliste poursuivi par les instances multilatérales* » : *opt. cit.*, t. 2, p. 203-204.

⁹¹⁵ Nicolas LIGNEUL, *opt. cit.*, p., 63.

produit avec la pratique⁹¹⁶. En effet, l'article VI du GATT et l'Accord antidumping qui le décline se contentent d'énoncer des principes et laissent aux États le soin de préciser le contenu. Cette approche, que Monsieur Nicolas Ligneul qualifie d'« *application décentralisée* »⁹¹⁷, paraît très contestable en ce sens qu'elle permet aux États de mettre ce qu'ils veulent dans leurs législations antidumping. D'ailleurs, l'Organe d'appel a rappelé les limites d'un tel processus, à l'occasion de l'affaire *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*⁹¹⁸. Invité à se prononcer sur la question des réexamens à l'extinction prévus par l'article 11.3 de l'Accord antidumping, il déclare que le texte « *ne prescrit aucune méthode particulière devant être utilisée par les autorités chargées de l'enquête pour établir une détermination de la probabilité dans un réexamen à l'extinction* », puis précise qu'« *en particulier, l'article 11.3 ne contient aucune référence expresse aux exportateurs, producteurs ou parties intéressées pris individuellement* »⁹¹⁹. Autant dire que la réglementation imposant la suppression de la mesure antidumping au bout d'une durée de cinq années est facilement contournable, et que le risque d'un maintien abusif, notamment à des fins protectionnistes, semble bien réel. L'accroissement du contentieux antidumping devant l'ORD démontre le franchissement du stade de risque potentiel⁹²⁰. Bon nombre de mesures antidumping sont bel et bien utilisées à des fins anticoncurrentielles⁹²¹. En guise d'illustration, Monsieur Benoît Merkt souligne, par exemple, que « *la plupart des mesures antidumping aux USA et dans l'UE sont décidées dans des circonstances qui ne justifieraient pas un remède antitrust en cas de prix d'éviction* »⁹²².

410. Ainsi, de par toutes ces lacunes, les dispositions encadrant les mesures de défense commerciale entament sérieusement la crédibilité du droit de la concurrence de

⁹¹⁶ Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 310-311 ; Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 6-7.

⁹¹⁷ Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 63. V. également : Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 310 ; Anne CHAREYRE de BEAUMONT, opt. cit., p. 362.

⁹¹⁸ *États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS244/AB/R, 15 décembre 2003.

⁹¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS244/AB/R, p. 59, paragraphe 149.

⁹²⁰ Habib GHERARI, « L'influence de l'Organisation mondiale du commerce sur le droit de la concurrence (à travers le cas des États-Unis et du Mexique) », art. cit., p. 260 ; et « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 310-312. Pour des développements sur l'utilisation des droits antidumping, notamment entre la Chine et l'Union européenne, consulter l'article suivant : You SHANG, « Le droit antidumping européen face à la Chine : Un juste milieu difficile à fixer », RIDE, N° 1/2012, pp. 95-111.

⁹²¹ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 6-7 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 466 et s.

⁹²² Benoît MERKT, opt. cit., p. 169.

l'OMC. À cela s'ajoute l'absence de textes régissant des domaines cruciaux relevant de la matière concurrentielle.

B/ L'inexistence de dispositions relatives aux contrôles des concentrations entre entreprises et des ententes internationales

411. Les ententes et les concentrations désignent des composantes essentielles du droit de la concurrence. Elles occupent toutes les deux une place centrale dans les droits internes des États, y compris ceux qui ont vu naître la matière, c'est-à-dire les États-Unis, ou l'Union européenne qui a forgé, avec le temps, un droit de la concurrence exemplaire⁹²³. En effet, comme déjà souligné, l'entente représente une collusion entre entreprises dont l'objet vise l'empêchement du jeu normal de la concurrence⁹²⁴. Elle forme, avec l'abus de position dominante, la notion de pratiques anticoncurrentielles au sens strict. Ainsi, tout droit de la concurrence digne de ce nom se doit de prévoir des dispositions régissant un tel type de comportement, car le jeu naturel de la concurrence peut aisément être faussé par des acteurs se mettant d'accord pour partager les parts de marché ou pour fixer les prix. Il est regrettable de ne voir dans les accords de l'OMC aucun texte y faisant référence. Même si, par le biais d'un raisonnement par analogie avec le droit européen, Monsieur David Roca perçoit dans la formulation de l'article IX.1 de l'AGCS, un contenu susceptible de prendre en compte les ententes anticoncurrentielles⁹²⁵, l'approche semble néanmoins assez vague pour conclure à une réglementation suffisamment caractérisée de la matière. Il est certain que le texte en question cible les pratiques commerciales restrictives de concurrence mais ne cherche pas, selon nous, à régir spécialement les ententes, comme l'article VIII du même accord le fait pour les monopoles et l'abus de position dominante. D'ailleurs, les experts du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence ne s'y sont pas trompés. Dès 1998, ils ont émis le constat des entraves aux marchés causées par les cartels

⁹²³ Pour des développements sur le droit américain de la concurrence, cf. : Dossiers internationaux Francis Lefebvre, opt. cit., n° 1100-1116 ; Ralph FOLSOM, art. cit., p. 275-282 ; Stéphane CHATILLON, opt. cit., p. 139-140. Pour ce qui est du droit européen, V. par exemple : Richard BLASSELLE, opt. cit., 644 p. ; Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, opt. cit., 583 p.

⁹²⁴ *Supra*, p. 35 et s.

⁹²⁵ David ROCA, *Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intracommunautaire*, opt. cit., t. 2, p. 185.

internationaux et l'absence dans le dispositif de l'OMC de règles permettant de les combattre⁹²⁶.

412. Quant au contrôle des concentrations, il correspond également à une part conséquente du droit de la concurrence. La place historique qu'il occupe dans le domaine témoigne de cette réalité. Rappelons que le droit de la concurrence est né en réaction à la puissance économique générée par les mouvements de concentration d'entreprises, la plus emblématique étant celle des *Rockefeller* aux États-Unis⁹²⁷. La concentration se définit comme « *l'opération par laquelle est créée une unité de décision entre deux ou plusieurs entreprises, par la formation de liens structurels modifiant l'identité juridique des entreprises parties à l'opération* »⁹²⁸. Faisant partie de la vie d'une économie ouverte, l'opération nécessite en revanche d'être surveillée, afin d'éviter qu'une entreprise détenant déjà une part importante d'un marché donné ne fusionne avec ses concurrents, au risque d'éliminer la concurrence. C'est ce que font la plupart des États ou entités géographiques tels que les États-Unis ou l'Union européenne, en prévoyant dans leurs droits de la concurrence un contrôle *a priori* concernant les opérations de concentration⁹²⁹. De la sorte, ils s'opposent aux fusions ou acquisitions d'entreprises dès lors que l'opération risque de provoquer un effet anticoncurrentiel, lequel se présume en termes de seuils à ne pas franchir⁹³⁰.

413. Ainsi, de la part d'une organisation s'occupant de la régulation des échanges commerciaux mondiaux, on aurait pu légitimement s'attendre à ce que l'OMC s'intéresse aux mouvements de concentration, notamment ceux présentant une dimension internationale, car la transformation des structures actrices du commerce international influe inévitablement sur le fonctionnement dudit commerce. Par exemple, une entreprise qui acquiert, par le truchement de fusions ou d'acquisitions d'entreprises concurrentes, une position dominante sur un marché relevant d'un secteur libéralisé par les accords de l'OMC, peut user de sa puissance économique en érigeant des barrières privées à l'accès au marché et éliminer toute forme de concurrence. L'absence, dans le dispositif juridique de l'institution multilatérale, de

⁹²⁶ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/2, p. 25.

⁹²⁷ Ralph FOLSOM, art. cit., p. 275 ; Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, opt. cit., p. 13 et s.

⁹²⁸ Daniel MAINGUY (dir.), opt. cit., p. 93.

⁹²⁹ Pour des développements sur le contrôle des concentrations en droit européen, consulter par exemple : Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 1795 et s. ; Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, opt. cit., p. 399 et s. Concernant le droit américain, V. : Dossiers internationaux Francis Lefèbvre, opt. cit., n° 1108 ; Ralph FOLSOM, art. cit., p. 275 et s.

⁹³⁰ Section 7 du *Clayton Act* pour le droit américain : Ralph FOLSOM, art. cit., p. 279 ; Ali Cenk KESKIN, opt. cit., p. 116. Et règlement n° 139/2004/CE du 20 janvier 2004 pour le cas du droit européen : Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 1852 et s. ; Christian GAVALDA et Gilbert PALEANI, opt. cit., p. 415 et s.

règles permettant de procéder à un contrôle des concentrations, constitue donc une lacune, révélant le caractère incomplet de son droit de la concurrence.

414. Au-delà de l'insuffisance du contenu, la doctrine qui refuse la qualité d'existence autonome relative à ce droit, pointe surtout l'approche sectorielle de la matière⁹³¹. Il est reproché aux règles contenant des dispositions sur la concurrence d'être trop parcellaires, puis de manquer suffisamment de cohérence⁹³². Quand bien même il existerait une cohérence entre lesdites règles en ce qu'elles visent une finalité commune, force est de concéder que l'approche sectorielle comporte nécessairement des limites. D'où l'intérêt d'adopter un accord spécial sur la matière concurrentielle, qui adapterait les règles et principes existants, et approfondirait leur cohérence. En attendant de développer la réflexion dans le titre 2 de la présente seconde partie, attelons-nous à la mise en exergue de l'autre catégorie de limites démontrant le non-aboutissement du droit de l'OMC.

Section 2 : Les limites de la juridiction chargée de l'application du droit de l'OMC

415. La présence, au sein de l'OMC, d'un système contraignant de règlement des différends chargé de la mise en œuvre de la quasi-totalité des accords négociés dans son cadre témoigne, en soi, de la capacité potentielle de l'institution à traiter efficacement de l'ensemble des questions touchant de près ou de loin au commerce international. Pourvu de caractéristiques comparables à celles d'une juridiction, son activité contentieuse peut générer des jurisprudences dans différents secteurs relevant du droit commercial au sens large, donc y compris la concurrence⁹³³. L'étude détaillée des décisions de l'ORD révèle bien l'accumulation d'affaires soulevant des problèmes de comportements anticoncurrentiels⁹³⁴. Les rapports auxquels elles donnent lieu s'ajoutent à toutes les règles concurrentielles incorporées dans les divers accords commerciaux, pour former un ensemble de dispositions

⁹³¹ Hanns ULLRICH, art. cit., p. 75-77 ; Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 460 ; Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 169 ; Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 53 et s. ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 406 et s.

⁹³² Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., 239 et s. ; Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 292 ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 146 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 464 et s.

⁹³³ Cf. Chapitre 2 : Une juridiction chargée de l'application du droit de l'OMC : Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

⁹³⁴ Cf. Section 2 : L'application des règles de concurrence de l'OMC par l'Organe de règlement des différends : Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

suffisamment conséquentes, et conforter ainsi l'idée d'existence d'un droit embryonnaire sur la concurrence.

416. Cependant, malgré ses procédures contraignantes, le mécanisme de règlement des différends souffre de lacunes qui entament son caractère juridictionnel. Elles découlent, entre autres, de la préférence accordée au règlement d'intérêt⁹³⁵, qui ne permet pas toujours d'aboutir à de véritables décisions juridiques tranchant objectivement des questions de droit. Pour le cas particulier des règles de concurrence, cela signifie que la sanction de leur transgression sera moins privilégiée par rapport à l'accord des parties au différend, quand bien même il laisserait subsister une situation anticoncurrentielle. Dans un pareil système, la force créatrice de normes, reconnue à la jurisprudence, ne paraît pas toujours au rendez-vous en ce sens que les protagonistes bénéficient de la faculté de régler leur conflit à l'amiable, privant de la sorte le « juge » d'une occasion de fournir une interprétation des textes qui auraient pu éventuellement s'appliquer. De plus, l'écrasante majorité des acteurs du commerce international, à savoir les personnes privées, qui sont généralement aussi les victimes directes des violations des dispositions de l'OMC, se trouvent dans l'impossibilité de saisir directement l'ORD⁹³⁶.

417. Ainsi, dans un contexte actuel de mondialisation économique, une organisation internationale qui prévoit un droit de la concurrence entre organes étatiques et un système de règlement des litiges chargé de son application mais fermé aux personnes privées, a un dispositif qui ne peut qu'être incomplet. Si l'absence d'action directe au profit des agents économiques privés désigne la faiblesse qui interpelle le plus (I), la nature même du système de règlement des différends n'en réserve pas moins de lacunes (II).

I - Les insuffisances liées à la nature du système de règlement des différends

418. Plus s'affirme la nature juridictionnelle d'une autorité chargée de trancher des litiges, plus ses décisions sont susceptibles de créer une jurisprudence. L'ORD présente tous les aspects d'une juridiction au sens matériel du terme, mais son esprit et l'allure politique de

⁹³⁵ Article 3.7 du Mémorandum d'accord ; Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 718 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 68.

⁹³⁶ Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 86 ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 96 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 18-19.

certaines de ses phases de procédure empêchent l'aboutissement de son caractère exclusivement juridictionnel⁹³⁷. En effet, le système repose sur une conception finaliste : l'article 3 du Mémoire d'accord prévoit, au niveau de son paragraphe 2, que « *les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public* ». Partant, plutôt que de rechercher la « *défense d'une légalité en soi* », il vise à concilier les intérêts des États⁹³⁸. Ce qui explique l'exclusion expresse de toute approche contentieuse et la préférence attribuée au règlement d'intérêt⁹³⁹.

419. Le principe de la priorité accordée au règlement d'intérêt se trouve d'abord posé par le paragraphe 7 de l'article 3 susmentionné, qui énonce que « *le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable* ». Il est ensuite décliné dans les conditions d'activation du dispositif de règlement des litiges, ainsi que dans les différentes phases de traitement des affaires. C'est ainsi que l'objet des plaintes doit toujours consister en une annulation ou réduction d'avantages résultant de textes couverts par le Mémoire d'accord⁹⁴⁰. Une présomption d'annulation ou de compromission d'avantages se trouve d'ailleurs établie au niveau de l'article 3.8 du Mémoire d'accord en vertu duquel, dès lors qu'il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, « *la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage* ». Donc, au nom de la poursuite de l'objectif de recherche d'une solution positive des différends, les membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont tenus de trancher les questions en clarifiant uniquement les dispositions existantes⁹⁴¹. Leurs décisions et recommandations ne peuvent en aucun cas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés⁹⁴². La marge de manœuvre des « juges » paraît clairement limitée, voire inexistante. Ils ne détiennent même pas un pouvoir d'interprétation, puisqu'une

⁹³⁷ Cf. II- La nature juridique du système de règlement des différends : Section 1, Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 1 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., 16.

⁹³⁸ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 721 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., 16.

⁹³⁹ Article 3 du Mémoire d'accord : paragraphes 10 et 7 ; Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 721 et 718 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 68 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 16.

⁹⁴⁰ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 721 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 61 et s. ; Vilaysoun LOUNGNARATH, art. cit., p. 56.

⁹⁴¹ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 16-17.

⁹⁴² Article 3.2 du Mémoire d'accord.

telle prérogative relève officiellement de la compétence de la Conférence ministérielle et du Conseil général, qui représentent tous deux des organes politiques⁹⁴³. Dans ces conditions, la portée jurisprudentielle des décisions de l'ORD s'atténue considérablement. Certes, le travail de clarification des textes ne doit pas être sous-estimé, car comme le souligne à juste titre Monsieur Vilaysoun Loungnarath, les rapports rendus à l'issue des procédures peuvent avoir des « *incidences systémiques* » dépassant le cadre particulier des différends dont ils traitent, et contribuer ainsi à « *la construction normative du système* »⁹⁴⁴. Cela dit, la tâche semble loin d'être évidente : comment clarifier les accords de l'OMC, tout en ne disposant pas d'un droit de les interpréter ? Afin de ne pas outrepasser leur champ de compétences, les membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel devront faire montre de subtilité, qui entamera inévitablement l'apport jurisprudentiel de leurs décisions. Pour le cas particulier des règles de concurrence, le complément indispensable qui aurait pu légitimement résulter de leur mise en œuvre dans le cadre du système de règlement des différends et consolider la formation d'un droit de la concurrence OMC, se trouve amoindri en conséquence.

420. Dans le même ordre d'idées, la préférence accordée au règlement d'intérêt justifie des procédures, également susceptibles de diminuer l'apport jurisprudentiel du mécanisme de règlement des différends. En effet, aux fins de privilégier un accord amiable entre les parties, le groupe spécial est tenu, pendant la durée de ses travaux, de leur donner « *des possibilités adéquates d'élaborer une solution mutuellement satisfaisante* »⁹⁴⁵. Si une telle technique peut désigner un moyen efficace pour régler diplomatiquement les conflits commerciaux, elle illustre aussi cet amalgame du juridique et du politique qui contrebalance fortement la nature juridictionnelle des autres procédures du système de règlement des différends. Cela se révèle d'autant plus vrai que le système en question est conçu de façon « *subsidaire* », une procédure ne pouvant être activée qu'à défaut de solution mutuellement convenue⁹⁴⁶. Sur un plan purement théorique, une telle subsidiarité empêche que l'ensemble des affaires inscrites à l'ORD, donc y compris celles soulevant des questions intéressantes de concurrence internationale, soient traitées de manière juridique ou juridictionnelle et aboutissent à la production de rapports de la part de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel, qui contiendraient des enseignements présentant un intérêt jurisprudentiel.

⁹⁴³ Article IX de l'Accord instituant l'OMC et article 3.9 du Mémorandum d'accord.

⁹⁴⁴ Vilaysoun LOUNGNARATH, art. cit., p. 59.

⁹⁴⁵ Article 11 du Mémorandum d'accord.

⁹⁴⁶ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 718 ; Article 3.7 du Mémorandum d'accord.

421. En ce qui concerne l'exclusion de l'approche contentieuse, elle se manifeste au travers de l'objet des plaintes déjà évoqué plus haut, à savoir du fait que les violations des dispositions couvertes par le Mémorandum d'accord sont toujours ramenées à une réduction ou annulation d'un avantage. La plainte pour non-violation désigne l'élément qui traduit le mieux le délaissement de ladite approche au profit d'une sauvegarde de l'équilibre des droits entre les différents membres⁹⁴⁷. Prévue à l'article XXIII : 1 b) du GATT de 1994, elle permet à un État membre d'enclencher la procédure de règlement des différends dès lors qu'il considère qu'une mesure adoptée par un autre membre, tout en ne contrevenant pas à une disposition des accords de l'OMC, annule ou compromet un avantage résultant pour lui desdits accords. On est bien loin de la défense d'une légalité en soi : il est demandé à l'arbitre de trancher un litige sans pour autant qu'il existe la moindre allégation portant sur une infraction au texte qui sera invoqué en support de la demande. La solution donnée dans le cadre de ce type de plainte confirme le constat. En effet, l'article 26 du Mémorandum d'accord dispose qu'il ne saurait y avoir obligation de retrait de la mesure compatible, mais plutôt une recommandation invitant le membre concerné à procéder à « *un ajustement mutuellement satisfaisant* »⁹⁴⁸. L'objectif premier de la plainte en situation de non-violation et du système de règlement des différends de façon générale, consiste donc en une préservation de l'équilibre des avantages entre les parties contractantes. Le fait de concilier des intérêts divergents ne suffit pas pour qualifier le système en question de mécanisme non contentieux. En revanche, privilégier la conciliation des avantages découlant d'un accord au point d'autoriser des plaintes fondées, non pas sur la transgression des dispositions de l'accord, mais sur l'éventualité d'une réduction ou d'une compromission desdits avantages, atténue indéniablement le caractère juridictionnel du mécanisme.

422. Toutes ces insuffisances dénotent la source de difficultés que représente la nature même du système de règlement des différends de l'OMC. Ainsi, outre le fait qu'elle ne garantit pas systématiquement l'obtention de décisions susceptibles de contribuer à la création normative, elle conduit à s'interroger sur la capacité de l'ORD à jouer le rôle d'une autorité de la concurrence digne de ce nom. Les interrogations débouchent sur des lacunes avérées, à partir du moment où l'Organe se trouve fermé aux opérateurs économiques privés.

⁹⁴⁷ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 721-722.

⁹⁴⁸ Article 26.1 b) du Mémorandum d'accord ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 63.

II - L'absence d'action directe au profit des opérateurs privés

423. L'absence d'action au profit des particuliers constitue le corollaire du défaut d'application directe du droit de l'OMC aux personnes privées. En effet, comme déjà souligné, les accords de l'OMC ne s'adressent qu'à ses membres. Et le Mémoire d'accord qui établit le mécanisme de règlement des différends se trouve, comme tous les autres accords multilatéraux, annexé à l'Accord instituant l'OMC. S'insérant donc dans ce cadre interétatique, le mécanisme est ainsi réservé aux membres de l'Organisation, qui seuls sont habilités à engager des procédures⁹⁴⁹. Il n'y a rien de surprenant à cette situation. La démarche paraît même cohérente : le droit et la juridiction ne concernent que les États. Cependant, elle devient illogique là où il s'agit d'un dispositif encadrant le commerce international alors qu'il ne s'applique pas aux agents économiques privés, lesquels représentent des acteurs incontournables dudit commerce. Il n'existe d'ailleurs guère de difficulté pour apercevoir que « *les commerçants, ce ne sont pas les États, mais les opérateurs économiques privés* », et que le contentieux du commerce international n'est pas interétatique par nature⁹⁵⁰. En outre, les infractions aux règles régissant les échanges mondiaux sont, sinon principalement dues au fait de ces acteurs privés, au moins autant que les acteurs étatiques ; puis, les premiers désignent les victimes qui souffrent le plus des conséquences de telles transgressions⁹⁵¹. Le raisonnement est transposable au cas particulier des pratiques anticoncurrentielles internationales qui représentent, à l'instar d'autres pratiques, une atteinte au commerce international. En l'état actuel des choses, une personne privée estimant qu'une violation des accords de l'OMC lui cause un préjudice, ne bénéficie d'aucun droit pour saisir l'ORD aux fins de demander une réparation. L'exclusivité étatique, résultant du principe de l'accord unique, a clairement été rappelée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Crevettes* déjà citée⁹⁵². La personne sera donc contrainte de recourir à l'État membre dont elle dépend dans le dessein qu'il endosse le litige⁹⁵³. Celui-ci décidera de façon discrétionnaire de l'opportunité

⁹⁴⁹ Olivier BLIN, art. cit., p. 2 ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 95-96 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 78 ; Hélène RUIZ, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 729.

⁹⁵⁰ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 96 ; Eric CANAL-FORGUES, opt., p. 18 ; Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 86.

⁹⁵¹ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 96-97 ; Pierre-Alain GOURION, Georges PEYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, opt. cit., p. 81.

⁹⁵² Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS58/AB/R, paragraphe 101, p. 38-39 ; I- Les caractéristiques du système de règlement des différends : Section 1, Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 2 du présent ouvrage.

⁹⁵³ Zalmai HAQUANI et Philippe SAUNIER, opt. cit., p. 63.

d'enclencher ou pas la procédure de règlement des différends⁹⁵⁴. D'aucuns y voient la résurgence d'une « *nouvelle forme de la protection diplomatique* »⁹⁵⁵. Quoiqu'il en soit, elle n'offre pas une garantie intégrale pour la défense des intérêts de la personne lésée, dans la mesure où la victime peut ne pas détenir un certain poids pour exercer suffisamment de pression sur son État, puis ce dernier peut toujours refuser de déposer plainte auprès de l'ORD. Au cas où il déciderait d'agir, la solution rendue à l'issue de la procédure n'aura aucun effet direct dans l'ordre juridique interne⁹⁵⁶. Ce qui signifie que la personne privée ne pourra pas saisir une juridiction nationale, si l'État condamné ne s'exécute pas ou ne respecte pas toutes les obligations résultant de la décision prononcée⁹⁵⁷. Certes, les techniques de mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD, dont nous avons déjà eu l'occasion de traiter dans nos développements antérieurs, semblent assez efficaces au niveau interétatique et permettent souvent le rééquilibrage des situations. De ce fait, le particulier qui se trouve à l'initiative de la procédure obtient ainsi gain de cause. Néanmoins, il ne dispose à aucun moment, d'une faculté d'agir directement.

424. Dans un monde des affaires où le temps représente un élément précieux, ne pas permettre à la véritable victime d'une infraction aux règles du système commercial international, par exemple un comportement anticoncurrentiel, de demander une réparation de son préjudice, constitue incontestablement une lacune non négligeable du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. La situation génère d'autres difficultés, par ailleurs, puisque certains accords de l'Organisation édictent une obligation de prévoir des recours internes visant à octroyer aux particuliers la possibilité de faire valoir, devant leurs juridictions nationales, les droits que les États membres sont censés leur garantir⁹⁵⁸. C'est le cas notamment de l'article 13 de l'Accord antidumping, de l'article 23 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, des articles 41 à 61 de l'Accord sur les ADPIC, ou bien de l'article XX de l'Accord sur les marchés publics. Monsieur Charles-Emmanuel Côté invite cependant à ne pas considérer ces dispositions comme attribuant aux personnes privées un droit d'invocation de la responsabilité de l'État membre auprès de l'ORD, mais plutôt une simple « *obligation de fournir un recours interne* »⁹⁵⁹. Néanmoins, analysées en parallèle avec tous les autres textes visant directement les particuliers, en l'occurrence

⁹⁵⁴ Zalmaï HAQUANI et Philippe SAUNIER, *opt. cit.*, p. 63.

⁹⁵⁵ Zalmaï HAQUANI et Philippe SAUNIER, *opt. cit.*, p. 63 ; Dominique CARRREAU et Patrick JUILLARD, *opt. cit.*, p. 97.

⁹⁵⁶ Claude Lucas de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *opt. cit.*, p. 73.

⁹⁵⁷ Claude Lucas de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *opt. cit.*, p. 73.

⁹⁵⁸ Charles-Emmanuel COTE, *opt. cit.*, p. 79.

⁹⁵⁹ Charles-Emmanuel COTE, *opt. cit.*, p. 79.

l'Accord sur les ADPIC qui s'adresse aux « *ressortissants* » et l'AGCS qui concerne à la fois les services et les « *fournisseurs de services* », elles traduisent une véritable contradiction. En effet, elles créent théoriquement des droits et obligations au profit des personnes privées, qui peuvent les faire valoir devant les autorités juridictionnelles de leurs pays mais ne pourront pas faire de même devant l'ORD. Outre le risque flagrant de « *fragmentation du droit de l'OMC* »⁹⁶⁰, on sait que les juridictions internes des membres de l'institution multilatérale refusent généralement de reconnaître aux justiciables le droit d'invoquer directement les dispositions issues de ses accords⁹⁶¹. Autant dire que la possibilité pour une personne privée de sauvegarder les droits qu'elle détient au titre desdits accords, par le truchement d'une action qu'elle exerce elle-même, paraît quasi nulle en pratique.

425. Une telle tenue à l'écart des acteurs privés est criante. Les nombreuses critiques dont elle fait l'objet, notamment pour des raisons de manque de transparence, ont contraint l'ORD à assouplir sa position et à ouvrir les portes du système de règlement des différends aux personnes privées en qualité d'*amicus curiae*⁹⁶². Ainsi, s'appuyant sur l'article 13 du Mémorandum d'accord, qui autorise les groupes spéciaux à solliciter des renseignements et avis techniques auprès de toute personne ou organisme qu'ils jugent appropriés, l'Organe d'appel va accepter dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* mentionnée plus haut, les dépôts de mémoires en provenance de personnes privées, en l'occurrence des organisations non gouvernementales (ONG)⁹⁶³. Dans cette affaire, il a d'abord été rappelé que l'initiative de demander des renseignements et d'en choisir la source appartient au groupe spécial, que dans toute autre situation, seulement les parties et tierces parties sont habilitées à lui communiquer directement des renseignements ; et que par conséquent, « *accepter des renseignements non demandés émanant de sources non gouvernementales, serait incompatible avec les dispositions du Mémorandum d'accord telles qu'elles sont actuellement appliquées* »⁹⁶⁴. Mais l'Organe d'appel n'adhère pas totalement à ce raisonnement. Premièrement, il invite à ne pas assimiler le pouvoir de sollicitation de renseignements à une interdiction d'acceptation des renseignements présentés à un groupe spécial sans que celui-ci

⁹⁶⁰ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 96 ; Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 86.

⁹⁶¹ Cf. *A/ Le défaut d'application directe du droit de l'OMC* : I/, Section 1 du présent Chapitre 1^{er}.

⁹⁶² Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 21-25 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 78-79 ; Vilaysoun LOUNGNARATH, art. Cit., p. 67-68.

⁹⁶³ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS58/AB/R, p. 41-42, paragraphes 108-110 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 21-22. Pour davantage de développements sur le sujet, consulter également l'article de Madame Brigitte STERN, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », art. cit., p. 257-301.

⁹⁶⁴ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport du Groupe spécial, WT/DS58/R, 15 mai 1998, p. 316, paragraphe 7.8.

en demande leur communication : le groupe spécial détenant « *le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, qu'il les ait ou non demandés* »⁹⁶⁵. Puis, il conclut à la commission d'une erreur de la part du groupe spécial dans son interprétation juridique selon laquelle l'admission des renseignements non demandés provenant de sources non gouvernementales est incompatible avec les dispositions du Mémorandum d'accord⁹⁶⁶. En censurant l'interprétation, l'Organe d'appel ouvre une brèche en faveur des personnes privées. Il le confirmera dans d'autres décisions, notamment celles rendues dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Acier britannique*⁹⁶⁷ ou l'affaire *Sardines*⁹⁶⁸. Un pas supplémentaire sera même franchi dans l'affaire *CE – Amiante* au cours de laquelle une « *procédure additionnelle* » sera mise en œuvre afin de permettre à des personnes privées (individus ou ONG) d'y participer⁹⁶⁹. Cela dit, il faut se garder de toute exagération. Nous sommes loin d'une consécration pour les particuliers d'un droit de porter plainte devant la « *juridiction* » de l'OMC, puisque l'admission des mémoires d'*amicus curiae* demeure soumise au pouvoir discrétionnaire des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. En sus, l'attitude progressiste de l'Organe d'appel, en la matière, ne trouve pas un écho favorable auprès des États membres, qui préfèrent préserver le caractère interétatique du système de règlement des différends⁹⁷⁰.

426. En conclusion, le mécanisme de traitement des litiges commerciaux ainsi que le droit de l'OMC visent une seule catégorie d'acteurs du commerce international, à savoir les entités étatiques, mais ignorent la catégorie des agents économiques privés, qui représentent les véritables acteurs des marchés mondiaux. Pour le cas spécifique du droit de la concurrence, dont l'existence est déjà constatée, la situation le rend forcément incomplet, sans que le contexte général de mondialisation économique soit intégré dans l'analyse. Le défaut de couverture de l'ensemble du champ personnel et matériel du domaine de la concurrence constitue, en soi, une limite interrogeant sur la capacité réelle d'un tel droit à régir les comportements anticoncurrentiels internationaux, précisément ceux des particuliers. Une fois

⁹⁶⁵ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS58/AB/R, p. 41, paragraphe 108.

⁹⁶⁶ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS58/AB/R, p. 42, paragraphe 110.

⁹⁶⁷ Statuant sur la question de l'*amicus curiae* au stade de l'appel, il déclare : « *Nous sommes d'avis que nous sommes habilités en droit, en vertu du Mémorandum d'accord, à accepter et à examiner des mémoires d'amicus curiae si nous jugeons qu'il est pertinent et utile de le faire dans le cadre d'une procédure d'appel* ». Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS138/AB/R, p. 17, paragraphe 42.

⁹⁶⁸ *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002.

⁹⁶⁹ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2000 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 23.

⁹⁷⁰ Jacques BEGUIN et Michel MENJUCQ (dir.), opt. cit., p. 98 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 23.

analysé en considération du contexte actuel, il paraît tout simplement inadapté. Le chapitre qui suit tentera de mettre en exergue cet aspect.

CHAPITRE 2 : LES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DU DROIT DE L'OMC DANS UN CONTEXTE DE MONDIALISATION

427. La mondialisation économique, que l'économiste Joseph Stiglitz définit comme « *l'intégration plus étroite des pays et des peuples du monde qu'ont réalisée d'une part la baisse des coûts de transport et de communication, et d'autre part la destruction des barrières artificielles à la libre circulation des biens, des services, des capitaux et (dans une moindre mesure) des personnes* »⁹⁷¹ remonte, dans sa forme actuelle, au début des années quatre-vingt-dix⁹⁷² ; même si le phénomène au sens large est considéré par beaucoup d'auteurs comme quelque chose de très ancien, d'aucuns y voyant un mouvement multiséculaire⁹⁷³. Son aspect économique contemporain, intéressant la présente étude, constitue par ailleurs l'élément qui marque le plus les esprits. Et des événements tels que la crise financière de 2008, muée en crise économique et affectant en un temps record plusieurs régions du globe⁹⁷⁴, témoignent de la réalité de l'interconnexion des économies, tout en confortant la sensation de vivre dans un espace mondialisé.

428. Loin de relever du hasard, l'avènement de cette mondialisation économique est en grande partie lié à l'activité de libéralisation des échanges et d'ouverture du commerce international, à laquelle l'OMC a largement contribué⁹⁷⁵. Le résultat d'une telle activité a certainement joué un rôle dans les mouvements de concentration de dimension transfrontalière qui se sont produits ces dernières années⁹⁷⁶. Car, selon Monsieur Pierre

⁹⁷¹ Joseph E. STIGLITZ, opt. cit., p. 38.

⁹⁷² Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 22.

⁹⁷³ Philippe MOREAU DEFARGES, *La mondialisation*, Puf, coll. Que sais-je, 2012, p. 9 ; Daniel COHEN, opt. cit., p. 14 ; Serge LATOUCHE, « La mondialisation démystifiée », in Edward GOLDSMITH et Jerry MANDER (dir.), opt. cit., p. 11 et s. ; Jean-Luc HERRENSCHMIDT, art. cit., p. 392 ; Olivier DOLLFUS, *La mondialisation*, Presses de Sciences Po, coll. La bibliothèque du citoyen, 2001, p. 15 et 21 ; Charles-Albert MICHALET, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in Eric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir.), opt. cit., p. 11-12.

⁹⁷⁴ Pour des développements sur la crise financière de 2008, consulter : Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 142-164.

⁹⁷⁵ Karel VAN MIERT, in Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau multilatéral*, opt. cit., p. 3 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 14. Dans le même ordre d'idées, Monsieur Jacques SAPIR soutient que « *la mondialisation des marchandises ou globalisation marchande résulte de la généralisation d'un système de libre-échange et d'une ouverture au commerce international* » : Jacques SAPIR, opt. cit., p. 19 ; OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 41-43.

⁹⁷⁶ De tels mouvements ont été constatés de façon notoire depuis les années 1990 avec la grande vague de fusions-acquisitions : Anne DEMARTINI et Carole DENEUVE, « Les entreprises doivent-elles désormais

Bauchet, un mouvement de concentration s'analyse par le truchement de divers facteurs et en premier lieu par « *la libéralisation des économies et l'ouverture des frontières qui facilitent les mouvements de capitaux et l'intégration multinationale* »⁹⁷⁷. Ainsi, outre la possibilité que crée la libéralisation des échanges, et qui permet aux entreprises d'accroître leur taille et de déployer leurs activités dans bon nombre de pays, certaines d'entre elles, notamment celles qualifiées de multinationales, profitent également de son contexte pour multiplier des agissements anticoncurrentiels dont les effets atteignent plusieurs endroits de la planète⁹⁷⁸. Des affaires emblématiques de cartels internationaux, comme celui portant sur les vitamines ou le cartel des électrodes en graphite, suffisent pour rendre compte de la situation⁹⁷⁹. Dans un pareil contexte, comment envisager l'application d'un droit de l'OMC aux comportements anticoncurrentiels observés sur les marchés mondiaux ? La réponse paraît évidente : l'approche indirecte sera difficilement à la hauteur de la dimension des questions à traiter. Le décalage semble plus que patent, dans la mesure où les agissements anticoncurrentiels d'une entreprise privée ne peuvent pas toujours être imputés à son État d'origine, conformément aux conditions d'application des règles de l'institution multilatérale. Les difficultés éprouvées par l'ORD dans le traitement des quelques affaires de pratiques anticoncurrentielles dont il a eu à connaître, confirment le décalage par rapport aux nouvelles réalités du commerce mondial. L'inadaptation ne saurait être appréciée (section 2), sans établir auparavant la réalité qu'est la mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée (section 1).

Section 1 : La mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée

429. Actuellement, s'il existe aux yeux de beaucoup de personnes un élément symbolisant le phénomène de la mondialisation économique, ce sont sans doute les firmes multinationales et leurs stratégies de production, notamment les délocalisations. Il suffit de regarder l'actualité économique et sociale pour s'en apercevoir. Sans occulter la présence d'autres aspects, la mondialisation contemporaine se manifeste considérablement à travers l'essor des multinationales⁹⁸⁰. Elles désignent, selon la formulation très évocatrice de Messieurs Jean-Yves Huwart et Loïc Verdier, ses « *centres névralgiques* », en raison de

fusionner pour survivre ? », in Christian de BOISSIEU (dir.), *Les mutations de l'économie mondiale*, Economica, 2000, p. 87 et s.

⁹⁷⁷ Pierre BAUCHET, opt. cit., p. 16.

⁹⁷⁸ Walid ABDELGAWAD, in Walid ABDELGAWAD (dir.), p. 9.

⁹⁷⁹ OCDE, *Ententes injustifiables*, opt. cit., p. 25 et 13.

⁹⁸⁰ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 46 ; Serge LATOUCHE, art. cit., p. 12.

« leur poids économique », mais également de « leurs modes de production, de distribution et de gestion au-delà des frontières »⁹⁸¹. Les mouvements de rassemblement qu'elles opèrent pour diverses motivations, par exemple la recherche d'économies d'échelle ou la conquête de nouveaux marchés⁹⁸², désignent un des premiers indices de la mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée. En effet, une fusion ou acquisition réalisée par une société multinationale qui, par nature, déploie déjà ses activités dans plusieurs pays, aura nécessairement une dimension internationale, voire un impact mondial selon le secteur d'activité dans lequel évoluent les entreprises concernées par l'opération. À titre d'illustration, si une entreprise telle que *Google*, leader incontesté dans le domaine l'internet, particulièrement du secteur des moteurs de recherche et de la publicité, décide d'acquérir n'importe quelle autre entreprise disposant d'une part de marché correcte dans les secteurs en question, l'acte aura probablement un impact mondial en ce sens qu'il s'agit de marchés mondiaux par nature. Cela dit, une opération de concentration d'envergure internationale n'exprime pas en soi une mondialisation des comportements anticoncurrentiels originaires des acteurs économiques privés. En revanche, la multiplication des mouvements de ce genre peut poser deux problèmes. Le premier repose sur la difficulté de fixation des seuils permettant de dissocier la concentration compatible avec le jeu normal de la concurrence, de celle qui le compromet et donc interdit à ce titre. Car malgré une accentuation avérée des opérations de concentrations transfrontalières, les contrôles demeurent nationaux et les critères d'appréciation des autorités de la concurrence restent toujours identiques⁹⁸³. Les décisions contradictoires entre Européens et Américains dans de nombreuses espèces suffisent comme preuve⁹⁸⁴. Le deuxième problème porte plutôt sur les rapprochements qui ont été effectivement considérés comme licites et qui ont obtenu les autorisations des différentes autorités concernées par le mouvement transnational. La réalisation du projet, outre le fait de conforter la puissance de l'entreprise multinationale, pourrait aussi lui conférer une position dominante sur des marchés mondiaux. Et là, résiderait un risque d'abus de ces deux situations, d'autant plus si les acteurs prennent conscience qu'ils pourront difficilement être sanctionnés par un seul État et ce, à cause des limites de l'exterritorialité. À côté d'un tel risque, existent d'autres pratiques, également dues à la mondialisation des économies et bien

⁹⁸¹ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, *opt. cit.*, p. 46.

⁹⁸² V. Pierre CONSO, « Les stratégies des firmes multinationales », in Christian de BOISSIEU (dir.), *opt. cit.*, p. 69.

⁹⁸³ Laurence BOY, *art. cit.*, p. 409 et s.

⁹⁸⁴ Cf. II- Les limites politiques : Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

réelles cette fois-ci : il s'agit, entre autres, des cartels internationaux ou des abus de position dominante sur plusieurs marchés conséquents⁹⁸⁵.

430. Ainsi, si la mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée se vérifie à travers des cas concrets (II), elle se manifeste aussi de façon potentielle (I).

I - Une situation potentielle

431. La mondialisation économique désigne à la fois un contexte et un processus qui, selon nous, facilite l'internationalisation des marchés, la multiplication des concentrations de dimension transnationale et le renforcement de la puissance des entreprises multinationales. La preuve en est que, d'abord, si le phénomène des mouvements de concentration d'envergure internationale n'est pas nouveau, depuis la vague de fusions-acquisitions des années quatre-vingt-dix, période symbolisant le début de l'actuelle mondialisation ou « *nouvelle mondialisation* »⁹⁸⁶, on a l'impression de vivre dans une ère où le phénomène est permanent, avec parfois des pics comme en 1995 ou 1999⁹⁸⁷. Ensuite, concernant l'internationalisation des marchés, elle s'intègre dans le constat plus vaste de globalisation des marchés. Ainsi que le souligne Monsieur Jean-Luc Herrenschmidt, « *la mondialisation de l'économie et dans son sillage la globalisation des marchés sont une réalité de fait qui s'impose, aujourd'hui, avec force à tous les agents économiques* »⁹⁸⁸. Même si la situation ne se vérifie pas avec un degré d'intensité similaire dans l'ensemble des secteurs de l'activité économique, force est de reconnaître qu'elle désigne une réalité incontestable dans des branches clés, notamment la finance et les marchandises⁹⁸⁹. Enfin, s'agissant de la contribution à l'accroissement de la puissance des multinationales, elle s'explique surtout par le contexte favorable que la mondialisation crée à leur égard. L'affermissement, depuis quelques années, du pouvoir de contrôle de ces dernières sur

⁹⁸⁵ Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 7-8.

⁹⁸⁶ L'expression est employée dans l'article de Monsieur Serge LATOUCHE qui, retraçant l'historique de la mondialisation, rapporte que d'aucuns qualifient sa forme actuelle, de « *nouvelle mondialisation* » : art. cit., p. 12.

⁹⁸⁷ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000 : les fusions et acquisitions internationales et le développement*, opt. cit., p. 20-21 ; Anne DEMARTINI et Carole DENEUVE, art. cit., p. 89 et s.

⁹⁸⁸ Jean-Luc HERRENSCHMIDT, art. cit., p. 389.

⁹⁸⁹ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 57 et s. ; Tony CLARKE, art. cit., p. 140-142.

l'économie mondiale constitue un signe révélateur⁹⁹⁰. Déjà en 2000, la CNUCED évaluait leur nombre à environ 63 000, tout en estimant que leur production internationale couvrait quasiment « *tous les pays et tous les types d'activités économiques* », ce qui faisait de ladite production une « *force formidable dans l'économie mondiale* »⁹⁹¹. Il faut dire que la libéralisation des économies et l'ouverture des frontières aux investissements étrangers, qui représentent un des aspects provoqués de la mondialisation⁹⁹², génèrent un environnement facilitant les mouvements de capitaux, lesquels permettent aux multinationales d'accroître leur taille et leurs parts de marchés en s'implantant dans plusieurs pays et en externalisant différentes étapes de leur activité⁹⁹³. Bon nombre d'entre elles ont acquis aujourd'hui une dimension tellement conséquente que certains experts les considèrent comme devenues « *apatrides, jonglant avec les identités et les attaches nationales pour servir leurs intérêts dans la concurrence mondiale* »⁹⁹⁴. Étant difficilement contrôlables par une seule entité étatique, leurs comportements anticoncurrentiels le seront forcément aussi. Le défi posé par la mondialisation, sur le plan de la concurrence internationale, consiste en grande partie dans l'encadrement desdits comportements. Or, l'OMC ne dispose pas d'instruments visant à opérer un contrôle préventif des mouvements de concentration susceptibles de produire un effet négatif sur la concurrence. Aussi, puisque son droit s'adresse aux États et non aux personnes privées, donc une fois la concentration réalisée, les règles de l'institution multilatérale ne peuvent pas non plus s'appliquer directement à la société transnationale ou à celles œuvrant déjà sur les marchés mondiaux, au cas où celles-ci abuseraient de leur puissance ou commettraient d'autres pratiques anticoncurrentielles. La nationalité de ce genre de sociétés pouvant souvent être multiple, même l'application indirecte par l'intermédiaire des États risque de ne pas suffire. Par conséquent, le décalage du droit de la concurrence OMC, dont l'existence est défendue dans la présente étude, paraît inexorablement évident. Une telle inadaptation ne saura être correctement appréhendée qu'à travers une exposition approfondie des trois constats énoncés auparavant et qui établissent la mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée, à commencer par l'augmentation des opérations de concentrations transfrontières.

⁹⁹⁰ Tony CLARKE, art. cit., p. 134.

⁹⁹¹ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000 : les fusions et acquisitions internationales et le développement*, opt. cit., p. 1.

⁹⁹² Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 39-44 ; Karel VAN MIERT, in Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 3 ; OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 41-43.

⁹⁹³ Pierre BAUCHET, opt. cit., p. 16 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 50-52 ; OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p.43.

⁹⁹⁴ Tony CLARKE, art. cit., p. 135 ; Jean-Luc HERRENSCHMIDT, art. cit., p. 391.

A/ L'accroissement des opérations de concentrations transfrontières

432. La multiplication des concentrations internationales ne suffit pas, à elle seule, pour traduire une quelconque mondialisation des comportements anticoncurrentiels, car une concentration d'entreprises ne constitue pas de prime abord un acte anticoncurrentiel. Néanmoins, leur contrôle représente une branche importante du droit de la concurrence⁹⁹⁵. Et comme les opérations portent sur des personnes privées, l'augmentation de leur nombre mérite alors d'être soulignée dans le cadre d'une étude visant à mettre en exergue une situation potentielle de mondialisation d'actes anticoncurrentiels originaires desdites personnes. Autrement dit, de tels mouvements étant généralement soumis à un contrôle pour des raisons de préservation de la concurrence⁹⁹⁶, leur accentuation constitue forcément un problème de concurrence. Le terme « potentiel » est utilisé pour qualifier le risque que cela génère, dans la mesure où, par nature, une concentration transnationale implique plusieurs autorités nationales de concurrence, lesquelles ont des droits et parfois des intérêts divergents⁹⁹⁷. Cumulée à l'absence dans le droit de l'OMC de dispositions régissant la question, la situation pourrait être préjudiciable pour la concurrence internationale en ce sens que certains marchés mondiaux courent le risque de se voir dominés par des groupes issus de concentrations dépassant le seuil concurrentiel. Un tel danger semble également être perçu par Madame Michèle Rioux, soulignant que plus on procède à une libéralisation et déréglementation, plus on alimente « *la formation de puissants oligopoles et les comportements stratégiques qui, dans la pensée libérale, correspondent à des comportements "déloyaux" »*⁹⁹⁸.

433. L'hypothèse aurait pu rester simplement théorique ; sauf que, du fait de la mondialisation économique, des mouvements de concentration de dimension transnationale s'opèrent depuis quelques années dans plusieurs régions du monde, particulièrement dans les pays les plus avancés économiquement et ceux appelés « émergents »⁹⁹⁹. Et le phénomène

⁹⁹⁵ Pour des développements sur la place du contrôle des concentrations dans le droit de la concurrence, Cf. : B/ L'inexistence de dispositions relatives aux contrôles des concentrations entre entreprises et des ententes internationales : II/, Section 1, Chapitre 1^{er} du présent Titre 1.

⁹⁹⁶ Cf. B/ L'inexistence de dispositions relatives aux contrôles des concentrations entre entreprises et des ententes internationales : II/, Section 1, Chapitre 1^{er} du présent Titre 1.

⁹⁹⁷ V. Laurence BOY, art. cit., p. 409-415.

⁹⁹⁸ Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 6.

⁹⁹⁹ Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 165 ; Walid ABDELGAWAD, in Walid ABDELGAWAD, opt. cit., p. 9 ; Laurence BOY, art. cit., p. 409.

paraît en constante évolution¹⁰⁰⁰. Rien que dans le secteur de l'internet, un domaine mondial par essence, les opérations ont été considérables. À titre d'illustration : en juin 2002, l'entreprise *eBay* rachète le site de paiement mobile *PayPal* pour un montant de 1,5 milliard de dollars ; octobre 2006, la société *Google* absorbe *YouTube* pour la somme de 1,65 milliard de dollars ; mai 2011, l'entreprise *Microsoft*, leader des systèmes d'exploitation pour ordinateurs, s'offre *Skype*, le géant du logiciel d'appels téléphoniques sur Internet pour un montant de 8,5 milliards de dollars ; avril 2012, *Facebook*, le numéro un des réseaux sociaux, se concentre avec *Instagram* pour une valeur d'1 milliard de dollars ; et mai 2013, la société *Yahoo!* acquiert le site de blogs *Tumblr* pour 1,1 milliard de dollars, avant de racheter *WhatsApp* (application permettant d'échanger gratuitement des messages sur des smartphones sans le concours d'un opérateur téléphonique) le 19 février 2014 pour la somme de 19 milliards de dollars¹⁰⁰¹. Tous ces mouvements partagent un point commun, à savoir l'incidence mondiale de leurs effets. D'abord ils se produisent dans un secteur, comme déjà souligné, intrinsèquement mondial. Puis, ils sont initiés par des géants qui cherchent à accroître leur puissance dans les marchés où ils occupent déjà une place de leader et, en même temps, à gagner des parts connexes à leur marché principal. Par exemple, quand *Facebook* acquiert *Instagram*, il cherche incontestablement à conforter sa domination dans le secteur des réseaux sociaux, puisqu'il fait disparaître un concurrent direct en le mettant dans son groupe. En revanche, s'il s'offre *WhatsApp*, qui a créé et exploitait une application occupant une place de choix dans le secteur des messageries, le groupe *Facebook* vise les parts de marché de ce second secteur, connexe à son secteur principal dans la mesure où le réseau social recourt également à des applications pour son animation. Au final, ce type d'opérations aboutissent à une concentration des marchés mondiaux dans les mains de quelques grands groupes. Ce qui représente un danger potentiel pour leur fonctionnement normal, précisément en termes de maintien de la concurrence. Nul besoin d'être économiste pour percevoir qu'un marché fonctionnant sur une logique de concurrence, il faut nécessairement un arbitre ou une autorité de régulation qui sanctionne les attitudes visant à anéantir cette dernière. Or, au niveau international, un tel arbitre n'existe pas. Le droit de la concurrence OMC, identifié dans la première partie de cette thèse, ainsi que son organe de règlement des litiges, ne sont pas suffisamment aboutis pour permettre au second de faire office d'autorité de concurrence pour les questions internationales liées à la matière. Pour l'instant, les acteurs privés peuvent

¹⁰⁰⁰ Laurence BOY, art. cit., p. 409.

¹⁰⁰¹ Journal *Le Monde*, Sélection hebdomadaire, édition du samedi 1^{er} mars 2014, N° 3408, p., 7. Pour d'autres exemples de fusion ayant eu lieu dans le secteur de l'Internet, notamment dans les années 1998-1999, Cf. : Anne DEMARTINI et Carole DENEUVE, art. cit., p. 95.

encore tirer profit de la situation en se concentrant et s'accaparant les différents marchés mondiaux, avec toujours le risque pour les petits concurrents et le bien-être des consommateurs de la planète toute entière, qu'ils abusent de leur position en verrouillant les marchés ou en maintenant les prix anormalement élevés. Dans le même ordre d'idées, d'aucuns soulignent que « *dans une perspective de rivalité oligopolistique, la globalisation peut aussi alimenter la multiplication des pratiques anticoncurrentielles et la concentration des marchés* »¹⁰⁰². Ainsi, l'idée de mondialisation potentielle des comportements anticoncurrentiels d'origine privée est donc loin d'être une affirmation sans fondements. Il arrive même qu'elle se concrétise parfois. Les exemples seront fournis dans la prochaine subdivision. En attendant, l'accroissement des concentrations de dimension internationale génère un autre problème qui mérite d'être évoqué.

434. En effet, à cause du vide juridique et institutionnel au niveau international, notamment dû au défaut de couverture de la part des accords de l'OMC de l'intégralité des domaines relevant du droit de la concurrence, le contrôle des opérations de concentrations transnationales demeure toujours l'apanage des autorités internes¹⁰⁰³. Or, peu d'États semblent capables de s'assigner un rôle de contrôle des mouvements de rapprochements d'entreprises à portée internationale. Seules les entités disposant d'un droit de la concurrence sophistiqué ainsi que d'une puissance économique et politique, paraissent en mesure d'imposer leurs législations à des situations comportant un élément d'extranéité. Les États-Unis et l'Union européenne, qui se sont le plus illustrés en la matière par le truchement de la technique de l'exterritorialité, ont « *longtemps monopolisé le contrôle des opérations de concentration* »¹⁰⁰⁴. Mais selon Madame Laurence Boy, on assiste actuellement à « *l'émergence de nouveaux contrôles* » en provenance de pays comme la Chine, le Brésil ou l'Inde¹⁰⁰⁵. Ce qui représente une difficulté supplémentaire pour l'encadrement des concentrations qui auraient un effet anticoncurrentiel. Car, outre les risques de décisions contradictoires, certaines approuvant l'opération tandis que d'autres l'interdisent, auxquels s'ajoutent les risques de conflits politiques à l'instar de ceux évoqués dans la première partie du présent ouvrage¹⁰⁰⁶, il existe un autre élément qui favoriserait la réalisation de ce genre de

¹⁰⁰² Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 6.

¹⁰⁰³ Laurence BOY, art. cit., p. 409-411 et p. 418-421 ; Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 8.

¹⁰⁰⁴ Laurence BOY, art. cit., p. 411-416.

¹⁰⁰⁵ Laurence BOY, art. cit., p. 411 et p. 421-427.

¹⁰⁰⁶ Cf. B/ Les risques de conflits politiques : II/, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

mouvements, y compris les concentrations susceptibles de dépasser le seuil concurrentiel. Effectivement, aux fins de favoriser la compétitivité des entreprises au plan international, les politiques nationales de concurrence encouragent de plus en plus les fusions internationales, tout en occultant ou en refusant de prendre en compte leurs effets externes¹⁰⁰⁷. Pensant ainsi aider leurs entreprises à se faire une place dans l'économie mondialisée, les États utiliseraient stratégiquement leurs législations sur la concurrence en incitant à la concentration dans certains secteurs, mais en ne s'intéressant pas aux éventuels effets anticoncurrentiels hors de leurs territoires¹⁰⁰⁸. Si toutes les nations agissent de la sorte, nul doute que les marchés mondiaux seront encore plus dominés par des géants qui, pour la plupart d'entre eux, auront vu le jour grâce à des fusions anticoncurrentielles. Étant donné l'insuffisance de l'encadrement des comportements non concurrentiels sur lesdits marchés, voire le vide juridique lié à l'inadéquation de droit de l'OMC par rapport à la question, les groupes ainsi constitués risquent de ne pas être suffisamment inquiétés s'ils agissent d'une manière entravant la concurrence. Le danger ne pèse pas que sur les marchés mondiaux. Puisque selon le rapport sur l'investissement dans le monde établi par la CNUCED, « *les fusions-acquisitions peuvent être délibérément mises à profit pour limiter la concurrence sur les marchés nationaux* »¹⁰⁰⁹.

435. Tous ces éléments dénotent ainsi une situation de potentielle mondialisation des comportements anticoncurrentiels, générée par la multiplication des concentrations transfrontières. Un autre élément, en l'occurrence l'internationalisation croissante des marchés, participe également à l'illustration de ladite situation.

B/ L'internationalisation croissante des marchés

436. Le marché et les agissements anticoncurrentiels vont de pair : l'évolution du premier influe nécessairement sur la nature et la taille des seconds. Par exemple, si les marchés s'internationalisent ou se mondialisent, la situation sera aussi potentiellement le cas pour les comportements anticoncurrentiels. Autrement dit, si le lieu où s'affrontent les

¹⁰⁰⁷ Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 17 ; Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 5.

¹⁰⁰⁸ La question de l'utilisation stratégique de la politique de concurrence, ainsi que les difficultés qu'elle génère, ont longuement été traitées dans le cadre la partie du présent ouvrage. Cf. : A/ L'utilisation de la politique de concurrence à des fins stratégiques : II/, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁰⁰⁹ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000 : Les fusions et acquisitions et le développement*, opt. cit., p. 32.

opérateurs économiques change de dimension, les comportements anticoncurrentiels le seront également. Et s'il existe un domaine dans lequel l'état de mondialisation se vérifie aisément, c'est bien dans le secteur des marchés, entendus sous leur sens géographique. D'aucuns comme Monsieur Pascal Lamy, fondent la définition même de mondialisation sur l'idée de mutation des marchés, en affirmant que la mondialisation « *correspond à une phase d'expansion nouvelle et puissante du capitalisme de marché* »¹⁰¹⁰. Analysant l'affirmation, Monsieur Michel Rainelli soutient que la phase en question tient « *dans la réalisation d'une intégration significative des marchés nationaux des biens et services et des instruments financiers* »¹⁰¹¹. Le processus dépasse donc le simple stade de l'internationalisation pour se muer en une intégration à l'échelle de la planète. Certes, il n'a pas gagné la totalité des secteurs de l'économie, et l'intégration ne doit pas être exagérée¹⁰¹², quoique l'action de l'OMC vise à « *établir un marché unique planétaire recouvrant l'ensemble de l'activité économique* »¹⁰¹³. Une chose paraît néanmoins sûre : la mondialisation des marchés constitue une réalité qui se manifeste dans des domaines tels que la finance, les marchandises et les services¹⁰¹⁴, ou encore l'Internet¹⁰¹⁵.

437. S'agissant d'abord de la finance, elle représente l'un des secteurs où la mondialisation des marchés semble la plus évidente. La crise financière de 2008, encore présente dans les esprits, suffit pour en témoigner. Formant avec les investissements directs étrangers (IDE), les deux composantes essentielles de la mondialisation financière, la perception de la mondialisation des marchés financiers passe par une appréhension de la première¹⁰¹⁶. En effet, amorcée dès la fin de la seconde guerre mondiale grâce à l'avènement de la libre circulation des capitaux opérée par les accords de Bretton Woods en juillet 1944, la mondialisation financière prend véritablement forme au début des années soixante-dix¹⁰¹⁷. À partir de cette période, un autre système monétaire international succède à celui mis en place par les accords susmentionnés et qui établissaient une parité fixe des autres monnaies par

¹⁰¹⁰ Pascal LAMY, *L'Europe en première ligne*, Paris, Le Seuil, 2002, p. 169, in Michel RAINELLI, art. cit., p. 57 ; V. aussi : Serge LATOUCHE, art. cit., p. 11.

¹⁰¹¹ Michel RAINELLI, art. cit., p. 57.

¹⁰¹² V. Daniel COHEN, opt. cit., 84-85 ; Michel RAINELLI, art. cit., p. 58 et 66.

¹⁰¹³ Jean-Luc HERRENSCHMIDT, art. cit., p. 395.

¹⁰¹⁴ Tony CLARKE, art. cit., p. 140-143 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 57-68 ; Michel RAINELLI, art. cit., p. 57-58 ; Charles-Albert MICHALET, art. cit., p. 17 et s.

¹⁰¹⁵ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs de règles de concurrence, du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2000*, opt. cit., paragraphe 1.2.1.

¹⁰¹⁶ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 62-63.

¹⁰¹⁷ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 41-42 ; Philippe MOREAU DEFARGES, opt. cit., p. 85-86.

rapport au dollar, avec institution d'un Fonds monétaire international (FMI) chargé de l'application des règles convenues et de porter assistance aux États en difficulté dans leur quête de rétablissement de leur équilibre¹⁰¹⁸. Tout cela s'arrête subitement lorsque le président des États-Unis suspend la convertibilité du dollar en or, rendant ainsi les taux de change fluctuants¹⁰¹⁹. Ce système de « *changes flottants* » sera entériné et généralisé par les accords de Kingston, en Jamaïque, le 8 janvier 1976 : désormais, les monnaies sont convertibles entre elles, et leur cours n'est plus établi par les États, mais livré aux marchés¹⁰²⁰. À elle seule, la mutation n'équivaut pas forcément à une mondialisation accentuée ; en revanche, parce qu'il crée des moyens de multiplier les échanges commerciaux internationaux, tout en se dispensant de « *l'intermédiaire exclusif de l'or ou du dollar* », le nouveau système s'inscrit dans une logique beaucoup plus « *mondialisante* », laquelle devient une réalité accrue avec l'ouverture des frontières à la libre circulation des capitaux¹⁰²¹. Le facteur déterminant dans la mondialisation financière repose ainsi sur la libéralisation des flux financiers, occasionnée par la déréglementation¹⁰²². Initiée aux États-Unis avec le *Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act*, qui engage le processus de démolition de l'encadrement institué à la suite de la crise de 1929, la déréglementation financière et bancaire atteint son apogée avec l'adoption en 1999 du *Gramm-Leach-Bliley Act*, abrogeant le *Glass-Steagall Act* et consacrant la possibilité de fusion entre banques et assurances¹⁰²³. Elle gagne ensuite le Japon et l'Europe occidentale, notamment le Royaume-Uni avec la déréglementation de la City de Londres, ou la France qui adopte des mesures similaires, avant de s'étendre aux pays en développement avec le Consensus de Washington en 1990¹⁰²⁴. Une fois mise en œuvre, la déréglementation entraîne une internationalisation des marchés financiers, qui ne tarde pas à se transformer en une véritable mondialisation desdits marchés grâce à la contribution d'autres facteurs tels que le développement des technologies de l'information¹⁰²⁵. En effet, selon Monsieur Serge Latouche, « *grâce aux nouvelles technologies* » les marchés en question fonctionnent

¹⁰¹⁸ Philippe MOREAU DEFARGES, opt. cit., p. 86-87 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 43-43 ; Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2009, p. 1190-1194.

¹⁰¹⁹ Jacques SAPIR, opt. cit., p. 147 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 42-43 ; Philippe MOREAU DEFARGES, opt. cit., p. 86 ; Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, opt. cit., p. 1193.

¹⁰²⁰ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 43 ; Philippe MOREAU DEFARGES, opt. cit., p. 86 ; Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, opt. cit., p. 1193 ; Jacques SAPIR, opt. cit., p. 147.

¹⁰²¹ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 43.

¹⁰²² Tony CLARKE, art. cit., p. 140 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 43 ; Serge LATOUCHE, art. cit., p. 13-16.

¹⁰²³ Jacques SAPIR, opt. cit., p. 149.

¹⁰²⁴ Jacques SAPIR, opt. cit., p. 149-150 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 43 ; Serge LATOUCHE, art. cit., p. 15.

¹⁰²⁵ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 43 et p. 62-63 ; Tony CLARKE, art. cit., p. 140.

« *comme une seule place, en temps réel* »¹⁰²⁶. Donc, les progrès de la technologie de l'information, cumulés à la libre circulation des capitaux provoquée par la déréglementation, qui génère en même temps la possibilité de fusion entre banques et assurances ou entre banques commerciales et banques d'investissement¹⁰²⁷, désignent autant d'éléments dont les effets combinés traduisent incontestablement une mondialisation des marchés financiers. Une telle situation aboutit, entre autres conséquences principales, à un transfert du pouvoir de contrôle de « *l'espace financier international* » des États vers les opérateurs privés¹⁰²⁸. Désormais, les premiers ne sont plus en mesure de stabiliser les marchés, d'autant plus qu'ils leur offrent leur dette publique par le procédé de la « *titrisation* »¹⁰²⁹. La sphère financière mondiale est ainsi dominée par de nouveaux acteurs à l'instar des fonds de pension, des fonds d'arbitrage, des fonds souverains, qui se livrent une véritable concurrence¹⁰³⁰. Et à partir du moment où plusieurs agents concurrents opèrent sur un même marché, le risque de comportements anticoncurrentiels existe en puissance.

438. Concernant maintenant la mondialisation des marchés dans le secteur des marchandises : elle semble davantage perceptible, car beaucoup plus concrète à notre sens. Elle est surtout significative parce qu'elle a lieu dans un domaine emblématique, symbolisant le début de la mondialisation économique¹⁰³¹. Son explication repose sur l'essor du commerce international¹⁰³². Déjà en 1998, lorsqu'il étudiait les liens entre commerce international et mondialisation, le rapport annuel de l'OMC insistait sur l'expansion de celui-ci pour mesurer la dernière¹⁰³³. Selon ce rapport, « *au cours des 50 dernières années, le commerce international a crû nettement plus vite que la production, ce qui a fait augmenter la dépendance de l'activité économique globale des pays envers le commerce international* »¹⁰³⁴. Le commerce international était devenu le moteur de l'économie mondiale, car augmentant plus vite que la production. À titre d'illustration, le même rapport soulignait qu'entre 1948 et 1997, il a été multiplié par dix-sept alors que la production ne l'a été que par six environ¹⁰³⁵.

¹⁰²⁶ Serge LATOUCHE, art. cit., p. 15.

¹⁰²⁷ Tony CLARKE, art. cit., p. 140.

¹⁰²⁸ Philippe MOREAU DEFARGES, opt. cit., p. 87.

¹⁰²⁹ Serge LATOUCHE, art. cit., p. 14-15 ; Tony CLARKE, art. cit., p. 140 ; Philippe MOREAU DEFARGES, opt. cit., p. 87-88.

¹⁰³⁰ Philippe MOREAU DEFARGES, opt. cit., p. 87.

¹⁰³¹ Selon Monsieur Jacques SAPIR, « *La mondialisation a commencé par la globalisation marchande* » : opt. cit., p. 15.

¹⁰³² Michel RAINELLI, art. cit., p. 57-58 ; Philippe MOREAU DEFARGES, opt. cit., p. 31 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 57.

¹⁰³³ V. OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 38 et s.

¹⁰³⁴ OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 39.

¹⁰³⁵ OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 39.

Dans le même ordre d'idées, Messieurs Huwart et Verdier notent que le commerce international correspondait à 50 % du PIB mondial en 2005, mais qu'en 2010, « *les exportations mondiales de marchandises ont augmenté quatre fois plus vite que le PIB* », d'où la révélation d'une « *interdépendance commerciale croissante des économies du globe* »¹⁰³⁶. Cette interdépendance commerciale s'exprime, par exemple, à travers l'industrie ou la distribution¹⁰³⁷. En effet, profitant des avancées de la technologie et d'un environnement plus ouvert, les entreprises déploient leur processus de production au-delà des frontières étatiques en recourant de plus en plus à la sous-traitance¹⁰³⁸. Ceci est valable dans des secteurs industriels comme l'automobile, l'électronique, le textile et l'habillement, où des entreprises sous-traitent à la fois leurs opérations de production et d'approvisionnement à d'autres entreprises indépendantes implantées à l'étranger¹⁰³⁹. D'aucuns y voient la naissance de l'« *usine planétaire* »¹⁰⁴⁰. Mais la situation révèle surtout que la mondialisation marchande est dominée par le marché des biens intermédiaires, autrement dit des pièces détachées¹⁰⁴¹. Le marché de la distribution n'est pas en reste non plus. Les expressions telles que « *supermarché planétaire* »¹⁰⁴² ou « *hypermarché mondial* »¹⁰⁴³, employées dans la littérature juridique et économique relative à la question, traduisent très bien le phénomène. Il faut dire qu'il n'est point besoin d'être expert pour constater que des boutiques *H&M* sont ouvertes un peu partout dans le monde, que l'on croise des restaurants *McDonald's* dans une immensité de pays, que des baskets *Nike* ou des téléphones *Samsung* et *Apple* sont distribués à travers la planète tout entière, que des géants de la distribution comme *Wal-Mart* ou *Carrefour* sont présents dans plusieurs endroits, etc. Le point commun de toutes ces marques ou boutiques repose sur le fait qu'elles donnent l'impression de cibler l'ensemble des consommateurs du globe, en essayant de vendre les mêmes produits en tous lieux. D'ailleurs, certaines d'entre elles investissent annuellement des sommes colossales dans la publicité et la promotion, afin de créer « *un marché mondial en constante expansion fondé sur la consommation de masse* »¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁶ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 58.

¹⁰³⁷ Tony CLARKE, art. cit., p. 140-142.

¹⁰³⁸ OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 39.

¹⁰³⁹ Tony CLARKE, art. cit., p. 140-141.

¹⁰⁴⁰ Tony CLARKE, art. cit., p. 141.

¹⁰⁴¹ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 59.

¹⁰⁴² Tony CLARKE, art. cit., p. 141.

¹⁰⁴³ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 57.

¹⁰⁴⁴ Tony CLARKE, art. cit., p. 142. Nous précisons que parmi les entreprises indiquées, seule *McDonald's* a été expressément citée par Monsieur CLARKE. Néanmoins, les autres pourraient facilement figurer sur la liste d'exemples qu'il a fournie et qui comprend entre autres, Nestlé, Unilever, Philip Morris, Kellogg, General

439. Concernant enfin le secteur de l'internet, il correspond à un domaine où la mondialisation ne nécessite pas vraiment une démonstration, tant la dimension mondiale est inhérente à sa nature. Pour l'instant, il n'a pas d'équivalent. Les marchés qui lui sont liés, et donc mondiaux à ce titre, peuvent être divers et variés. Celui qui prend actuellement plus de place dans les débats étant la publicité, à cause notamment de la position de quasi-monopole détenue par l'entreprise *Google*, et qui génère souvent quelques difficultés¹⁰⁴⁵. À cela, s'ajoute le commerce électronique de manière générale, ou encore le marché de la connectivité sur Internet. Concernant le dernier point, déjà en 1998, lors de l'enquête sur le projet de fusion entre *MCI WorldCom* et *Sprint*, deux entreprises américaines, la Commission européenne avait conclu à l'existence d' « *un marché mondial pour la connectivité Internet de haut niveau (ou universelle)* », puis d'en déduire que la concentration aurait des répercussions à la fois sur les consommateurs américains et les consommateurs de l'Union européenne¹⁰⁴⁶.

440. Ainsi, en dépit du décalage susceptible d'exister entre la perception de la mondialisation et la réalité du phénomène, certains auteurs parlant de « *mondialisation imaginaire* »¹⁰⁴⁷, force est de reconnaître qu'il se vérifie indéniablement dans bon nombre de secteurs économiques. L'affectation des marchés de la finance, des biens et services, de l'internet, permet d'évoquer une mondialisation potentielle des comportements anticoncurrentiels sur lesdits marchés, laquelle s'observe également à travers la puissance acquise par les multinationales.

C/ La puissance acquise par les entreprises multinationales

441. Ayant joué un rôle décisif dans l'avènement de la mondialisation économique contemporaine grâce, comme déjà souligné, aux mouvements de concentration qu'elles ont opérés dans les années quatre-vingt-dix, les multinationales ont acquis aujourd'hui une puissance considérable. On leur attribue même un pouvoir d'exercer un « *véritable*

Motors. Selon lui, « *le but est de vendre partout les mêmes choses de la même manière sans se soucier ou presque des coutumes et des goûts locaux, des différences culturelles et religieuses* ».

¹⁰⁴⁵ V. Pauline LE MORE, Editorial « Emergence d'un droit international/régional des affaires », RDAI, N° 2, avril 2012, p. 261 ; Magazine *Marianne*, N° 797, édition du 28 juillet au 3 août 2012 : Dossier « Ces groupes plus puissants que les Etats », pp. 12-19, spéc. p. 15.

¹⁰⁴⁶ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'application des accords entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2000, opt. cit., paragraphe 1.2.1.

¹⁰⁴⁷ V. Daniel COHEN, opt. cit., p. 84 ; Magazine *Alternatives Economiques*, « Une mondialisation surestimée », Hors-série N° 101, 3^{ème} trimestre 2014, p. 22-23.

gouvernement planétaire »¹⁰⁴⁸. Le constat peut paraître exagéré à certains égards mais il n'empêche de concéder que les sociétés en question, sont devenues des acteurs incontournables de l'économie mondiale. De par les stratégies qu'elles déploient à travers différents pays afin, soit d'effectuer des économies d'échelle ou soutenir la concurrence¹⁰⁴⁹, soit pour conquérir de nouveaux marchés,¹⁰⁵⁰ les multinationales désignent à notre sens, le baromètre de la mondialisation économique. Baromètre car leurs techniques de fonctionnement, notamment en réseaux bien intégrés¹⁰⁵¹, ainsi que leur présence dans plusieurs marchés nationaux, font d'elles des symboles concentrant la quasi-totalité des critères définissant le phénomène. Autrement dit, par leurs pratiques, les multinationales « façonnent » la mondialisation. Considérés comme étant ses principaux bénéficiaires¹⁰⁵², tout recul de leur nombre ou d'abandon de stratégies « mondialisantes » constituent des informations révélatrices de l'état du phénomène. En consultant la presse économique, l'on constate que loin de marquer le pas, ces types d'entité qui pendant longtemps étaient originaires des pays occidentaux, se trouvent aujourd'hui concurrencées par d'autres firmes issues des pays émergents¹⁰⁵³. Ce qui veut dire que la tendance à la globalisation est en progression continue, et que les territoires et marchés qui y étaient exclus jusqu'à présent sont en passe de s'y intégrer. La preuve en est que ces multinationales du Sud, à l'instar de *Tata*, *Lenovo*, *Emirates*, *Huawei*, *ZTE*, etc., innovent en cherchant à répondre à la demande spécifique des pays en développement mais livrent également bataille pour conquérir les marchés des pays riches¹⁰⁵⁴. Le constat se renforce avec le comportement inverse des firmes du Nord aspirant à s'implanter dans les États émergents, dans le but de profiter de la manne consommatrice que représente leur nombreuse population dont le pouvoir d'achat croît très vite¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁴⁸ Tony CLARKE, art. cit., p. 133. Magazine *Marianne*, N° 797, édition du 28 juillet au 3 août 2012 : Dossier « Ces groupes plus puissants que les Etats », pp. 12-19.

¹⁰⁴⁹ Pierre CONSO, art. cit., p. 69 ;

¹⁰⁵⁰ Jean-Luc HERRENSCHMIDT, art. cit., p. 391 ; Jacques SAPIR, opt. cit., p. 160.

¹⁰⁵¹ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 50 ; Serge LATOUCHE, art. cit., p. 12-13.

¹⁰⁵² V. Magazine *Alternatives Economiques*, « Multinationales – A qui profite la mondialisation ? », Hors-série N° 98, 4^{ème} trimestre 2013, p. 64 ; Jerry MANDER, « Introduction : Face à la marée montante », in Edward GOLDSMITH et Jerry MANDER (dir.), opt. cit., p. 45.

¹⁰⁵³ Magazine *Alternatives Economiques*, « Mondialisation – Les firmes du Sud à l'assaut des marchés », Hors-série N° 98, 4^{ème} trimestre 2013, p. 66-67.

¹⁰⁵⁴ Magazine *Alternatives Economiques*, « Mondialisation – Les firmes du Sud à l'assaut des marchés », Hors-série N° 98, 4^{ème} trimestre 2013, p. 66.

¹⁰⁵⁵ Philippe MOREAU DEFARGES, opt. cit., p. 65. Il estime que : « pour les multinationales occidentales, le Sud (Asie, Amérique latine, Afrique) est un eldorado vital : des centaines de millions de consommateurs, avides de tout, et bénéficiant d'un pouvoir d'achat en croissance rapide » ; avant de rajouter qu'elles se livrent une « âpre compétition » car persuadées que « leur survie dépend de leur capacité à s'implanter sur ces marchés ».

442. Aux fins de mieux comprendre pourquoi la puissance acquise par les multinationales générerait une mondialisation potentielle des comportements anticoncurrentiels d'origine privée, une petite définition s'impose. Selon Monsieur Patrizio Merciai, l'expression « entreprise multinationale » désigne une notion économique, évoquant non pas le rattachement d'une entreprise à plusieurs États mais « *d'une activité dans plusieurs États* », dont le déploiement requiert « *l'établissement à l'étranger d'unités productives* », autrement dit un investissement¹⁰⁵⁶. Monsieur Jean-Louis Mucchielli abonde dans son sens en expliquant que des dénominations telles « *multinationales* », « *transnationales* », « *transplants* », sont usitées pour qualifier la même réalité, et que l'on peut considérer comme multinationale « *toute entreprise possédant une unité de production à l'étranger* »¹⁰⁵⁷. L'acquisition ou la création d'établissements de production hors du territoire de l'État d'origine, constitue donc le critère de définition. Elles s'effectuent par le truchement du procédé appelé communément IDE : investissement direct étranger¹⁰⁵⁸. Raison pour laquelle le simple fait pour une entreprise, de s'internationaliser en exportant une partie de sa production vers d'autres pays, ou bien de détenir des représentations commerciales au-delà des frontières de l'État où elle a son siège social, ne suffit pas à la qualifier de multinationale ; elle ne le deviendra que si elle réalise au moins une part de sa production en territoire étranger¹⁰⁵⁹.

443. Le premier enseignement à tirer de cette définition est que les multinationales correspondent avant tout à une réalité économique sur laquelle le droit ne semble pas exercer une emprise totale. Les plus puissantes d'entre elles arrivent à « diluer » leur nationalité en recourant selon les circonstances, à telle ou telle forme juridique susceptible de leur conférer l'identité du lieu où elles souhaitent déployer leurs activités¹⁰⁶⁰. Les propos d'un PDG à la tête d'une de ce genre d'entreprises, rapportés dans l'article précédemment cité de Monsieur Tony Clarke, illustrent de fort belle manière la situation : « *Quand nous allons à Bruxelles, nous appartenons à la Communauté européenne, et quand nous allons à Washington, nous voilà devenus une compagnie américaine* »¹⁰⁶¹. Revendiquer la nationalité de plusieurs pays à la fois, permet sans doute de passer plus facilement pour un acteur local sur le marché national, avec les avantages susceptibles d'en découler, notamment en termes fiscal, et de subvention

¹⁰⁵⁶ Patrizio MERCIAI, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, 1993, p. 29.

¹⁰⁵⁷ Jean-Louis MUCCHIELLI, *Multinationales et mondialisation*, Seuil, 1998, p. 18.

¹⁰⁵⁸ V. Pierre CONSO, art. cit., p. 70 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 63 ; Charles-Albert MICHALET, art. cit., p. 22 et s.

¹⁰⁵⁹ Pierre CONSO, art. cit., p. 70 ; Jean-Louis MUCCHIELLI, opt. cit., p. 18-19.

¹⁰⁶⁰ Tony CLARKE, art. cit., p. 135.

¹⁰⁶¹ Tony CLARKE, art. cit., p. 136.

de recherche¹⁰⁶². En même temps, il sera beaucoup plus simple d'échapper aux éventuelles sanctions en cas de comportements anticoncurrentiels, en se déclarant soumis à un autre droit, par exemple celui de l'État du siège social. Nous avons vu dans la première partie du présent ouvrage, que du fait des limites du principe d'extraterritorialité, la théorie de l'unité économique appliquée par l'Union européenne et qui paraît pourtant correspondre au profil des multinationales, ne fonctionne pas systématiquement¹⁰⁶³. Au fond, sans aller jusqu'à employer le qualificatif d' « *apatride* » tel que constaté dans la doctrine¹⁰⁶⁴, convenons au moins de la difficulté croissante dans la détermination de la nationalité des multinationales. Elle s'explique, selon le rapport de la CNUCED sur l'investissement dans le monde, par entre autres aspects, le déplacement du siège social dans des États autres que le pays d'origine, la réalisation de participations croisées, la « *cotation sur plusieurs bourses des valeurs* » et l'approvisionnement auprès d'établissements implantés dans différents États¹⁰⁶⁵.

444. Le deuxième enseignement qui ressort de la définition consiste donc dans la possibilité pour les entreprises en question de s'affranchir, grâce à la prédominance de la logique économique, des contrôles nationaux. C'est en cela que l'accroissement de leur puissance constitue en soi un danger potentiel pour la concurrence ou d'autres domaines comme la fiscalité. Car les multinationales disposent de réelles capacités pour « *internaliser leurs opérations transfrontalières* » et esquiver de la sorte les réglementations et contrôles nationaux¹⁰⁶⁶. En guise d'illustration, le rapport susmentionné indique qu'elles peuvent procéder, par exemple, à une « *tarification de cession interne* » pour les échanges opérés entre les entreprises d'un même groupe, aux fins d'une réduction des bénéfices imposables et priver en conséquence les États qui les hébergent, de recettes fiscales¹⁰⁶⁷. Aussi, en externalisant leur production par le biais de la sous-traitance, certaines multinationales recourent à d'autres multinationales détenant, à leur tour, leur propre réseau de sous-traitance¹⁰⁶⁸. D'où un risque de création de relations de dépendance économique en cascade, accompagné de la possibilité

¹⁰⁶² Tony CLARKE, art. cit., p. 136.

¹⁰⁶³ Cf. A/ Les limites de l'effet territorial et de l'unité économique : I/, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁰⁶⁴ Jean-Luc HERRENSCHMIDT, art. cit., p. 391 ; Tony CLARKE, art. Cit., p. 135-136.

¹⁰⁶⁵ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000 : les fusions et acquisitions internationales et le développement*, opt. cit., p. 8.

¹⁰⁶⁶ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000 : les fusions et acquisitions internationales et le développement*, opt. cit., p. 8.

¹⁰⁶⁷ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000 : les fusions et acquisitions internationales et le développement*, opt. cit., p. 8.

¹⁰⁶⁸ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 50 ; Virgile CHASSAGNON, « Fragmentation de la firme et dilution des responsabilités juridiques : l'éclatement de la relation d'emploi dans la firme-réseau multinationale », RIDE, N° 1/2012, p. 6 et s.

que la situation soit exploitée abusivement par l'entreprise en position de force, notamment dans la fixation des prix. Mis à part ces hypothèses concernant des acteurs privés, l'externalisation en question suscite d'autres problèmes de concurrence opposant, cette fois-ci, les États.

445. En effet, lorsque les multinationales externalisent leur production dans une logique de réduction de leurs coûts, elles le font généralement dans des pays à faible prix de main-d'œuvre, avec un droit du travail beaucoup moins contraignant¹⁰⁶⁹. Les États perdant des emplois à cause des stratégies de délocalisation, souvent des pays développés, accusent de concurrence déloyale les États qui en bénéficient¹⁰⁷⁰. Ainsi, outre le fait de tirer profit de la mondialisation en confondant de plus en plus les ouvriers de la planète en un seul et même « réservoir de main-d'œuvre mondial »¹⁰⁷¹, les méthodes des firmes transnationales génèrent une difficulté de concurrence interétatique, laquelle ne paraît pas pouvoir être appréhendée par le droit de la concurrence de l'OMC dans son état actuel. L'inadaptation d'un tel droit inquiète davantage que les situations potentielles de mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée étudiées jusqu'ici, se confortent par des cas concrets.

II - Une situation concrète

446. Les situations décrites jusqu'ici représentent une sorte de péril planant sur la concurrence internationale et susceptible de « frapper » à tout moment. Les passages à l'acte opérés çà et là constituent des données factuelles attestant de la réalité de la mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée. En effet, éclatent régulièrement des affaires d'entente internationale affectant plusieurs marchés nationaux, ainsi que des problèmes d'abus de position dominante sur des marchés de dimension considérable ou dans des secteurs mondiaux par nature. Les espèces sont encore plus parlantes qu'elles portent sur les deux éléments composant les pratiques anticoncurrentielles au sens strict du terme. Cela dit, les exemples d'abus de position dominante sur de grands marchés paraissent moins nombreux que les cas d'ententes internationales. En tout cas, c'est l'impression que provoque l'attitude de l'OCDE, qui s'intéresse depuis longtemps aux questions relevant de la politique

¹⁰⁶⁹ Tony CLARKE, art. cit., p. 141 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 100 et s.

¹⁰⁷⁰ Philippe MOREAU DEFARGES, opt. cit., p. 64.

¹⁰⁷¹ Tony CLARKE, art. cit., p. 141.

de concurrence au niveau international et publie régulièrement des rapports sur la mise en œuvre de sa recommandation sur les « ententes injustifiables »¹⁰⁷². Peut-être que parce que les effets des ententes d'ampleur internationale causent beaucoup plus de dégâts à l'économie mondiale et aux consommateurs du globe, ou bien parce qu'elles désignent les comportements les plus difficilement contrôlables, justifiant que l'OCDE décide de tourner son action vers la recherche de solutions visant à les éradiquer ? La réponse tient probablement aux deux. Une chose semble néanmoins certaine : l'exemption par la plupart des États, d'un des aspects de ce type de pratiques, en l'occurrence les ententes à l'exportation¹⁰⁷³, ainsi que l'absence dans le droit de l'OMC de dispositions traitant de la question, ne facilitent pas leur encadrement et rendent leur détection très compliquée. Quoiqu'il en soit, le recensement dans la jurisprudence des autorités nationales de concurrence et juridictions de décisions portant sur les deux genres de pratiques anticoncurrentielles en question, consolide les hypothèses décrites ci-dessus.

447. Si les exemples d'abus de position dominante sur des marchés de grande taille constituent une illustration concrète de la mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée (A), les ententes internationales le sont encore davantage (B).

A/ Les abus de position dominante et la mondialisation

448. La situation suppose une entreprise en position dominante sur un marché sinon mondial, au moins suffisamment grand pour que les effets d'un comportement qui l'affecte se fassent ressentir dans plusieurs pays. Jusqu'à récemment, *Microsoft* représentait presque le seul exemple idéal symbolisant à la fois une multinationale hyperpuissante et exerçant un monopole sur un marché mondial, en l'occurrence celui des systèmes d'exploitation pour les ordinateurs personnels. Sa part de marché est estimée à près de 98 %¹⁰⁷⁴. D'ailleurs,

¹⁰⁷² OCDE, *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, 25 mars 1998, C(98)35/FINAL ; OCDE, *ententes injustifiables*, opt. cit., 67 p. ; OCDE, *Les ententes injustifiables : progrès récents et défis futurs*, opt. cit., 68 p. ; OCDE (2006), « Les ententes injustifiables : Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998 de l'OCDE », opt. cit., pp. 7-59.

¹⁰⁷³ Cf. A/ L'utilisation de la politique de concurrence à des fins stratégiques : I/, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁰⁷⁴ Catherine PRIETO, « Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir des affaires Microsoft », in Walid ABDELGAWAD (dir.), opt. cit., p. 383. V. également le Magazine *Marianne*, N° 797, édition du 28 juillet au 3 août 2012 : Dossier « Ces groupes plus puissants que les Etats », p. 15.

l'essentiel du contentieux fourni en la matière repose sur les poursuites engagées à son encontre. Mais, avec la mainmise de *Google* sur un autre secteur mondial par essence, à savoir l'Internet, une autre entreprise commence à marquer les esprits. Détenant un quasi-monopole sur le marché de la publicité en ligne grâce à son moteur de recherche¹⁰⁷⁵, elle suscite de plus en plus de litiges sur les abus de position dominante. Avec sa filiale française, elles ont fait l'objet d'une condamnation récente de la part des juridictions françaises¹⁰⁷⁶. En effet, accusé par la société *Bottin Cartographes* d'utiliser sa position dominante dans le marché de la publicité en ligne aux fins de pratiquer une technique de prédation dans un marché connexe, celui de la « *cartographie en ligne permettant la géolocalisation de points de vente sur les sites Web des entreprises* », et sur lequel il est en concurrence avec ladite société, le groupe *Google France* et *Google Inc.* a été condamné en première instance pour abus de position dominante et sommé de régler la somme de 500 000 euros à titre de dommages et intérêts¹⁰⁷⁷. Un appel fut interjeté. Mais la Cour d'appel de Paris, bien qu'ayant examiné l'affaire, a préféré solliciter l'avis de l'Autorité de la concurrence et prononcer un sursis à statuer en attendant¹⁰⁷⁸.

449. Pour ce qui est du cas de *Microsoft*, le terme « saga » conviendrait bien pour illustrer les longues batailles juridiques qui l'opposent aux autorités de concurrence de part et d'autres côtés de l'Atlantique, ou plutôt les difficultés de ces dernières à la faire plier à temps pour les excès liés à sa puissance dans le secteur de l'informatique, laquelle serait d'ailleurs acquise plus par des procédés d'exclusion des concurrents que par une réelle avance technologique ainsi qu'une concurrence par les mérites¹⁰⁷⁹. D'abord poursuivie par les autorités américaines dès 1990, elle a fait l'objet d'une série de trois affaires au cours desquelles elle était accusée d'abuser de sa position dominante, soit en maintenant son monopole au travers de ses contrats de licence et contrats de développement de logiciels, soit en procédant à l'intégration technologique de son système d'exploitation Windows 95 et son

¹⁰⁷⁵ Pauline LE MORE, art. cit., p. 261. V. également : Aut. conc., déc., n° 10-D-30, 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet ; Aut. conc., Avis 10-A-29, 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

¹⁰⁷⁶ Trib. de commerce de Paris, 31 janvier 2012, RG n° 2009061231, *Bottin Cartographes c./ Google France et Google Inc.* ; Paris, 20 novembre 2013, n° 12/02931, *Google France et Google Inc. c./ Bottin Cartographes*.

¹⁰⁷⁷ Préc., Trib. de commerce de Paris, 31 janvier 2012.

¹⁰⁷⁸ Préc., Paris, 20 novembre 2013.

¹⁰⁷⁹ Catherine PRIETO, « L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », JCP 2007, éd. G., étude, I, 132, p. 45 ; Magazine *Marianne*, N° 797, édition du 28 juillet au 3 août 2012 : Dossier « Ces groupes plus puissants que les Etats », p. 15.

logiciel de navigation Internet Explorer¹⁰⁸⁰. En dépit de la caractérisation de l'abus, par exemple lors de la troisième affaire et sur le fondement du couplage de Windows et Internet Explorer, le contentieux lié au cas de *Microsoft* laisse un goût d'inachevé, faute d'une part de confirmation des condamnations prononcées par les premiers juges, et d'autre part la société réussissant à faire en sorte que les affaires n'aillent pas jusqu'au bout en proposant un règlement négocié sous forme de transaction ou *consent decree*¹⁰⁸¹. Finalement, c'est du côté de l'Union européenne que provient le véritable enseignement jurisprudentiel concernant les abus de position dominante de *Microsoft*. En effet, s'étant longtemps abstenue de poursuivre l'entreprise au nom de l'accord de coopération entre les États-Unis et l'Europe, la Commission finit par changer d'avis une fois que le DoJ a constaté le non-respect des engagements pris par la société à l'issue du premier procès et que la Cour d'appel pour le *District of Columbia* a refusé d'y voir une violation de sa part à cause de l'insuffisance de clarté desdits engagements¹⁰⁸². Par un communiqué de presse en date du 24 mars 2004, elle annonce donc les conclusions de son enquête menée durant cinq années et sa décision de condamner *Microsoft* au versement d'une amende de 497 millions d'euros, accompagnée de mesures correctives, pour cause d'abus de position dominante dans le marché de l'Union européenne¹⁰⁸³. À la différence du contentieux américain, ici il était plutôt question d'interopérabilité entre le système d'exploitation Windows pour PC et les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, ainsi que de la vente liée du premier système d'exploitation avec le lecteur Windows Media Player (WMP). En effet, *Microsoft*

¹⁰⁸⁰ *United States v. Microsoft*, 56 F. 3d 1448, D.C. Cir. 1995 (Microsoft I) ; *United States v. Microsoft*, 147 F. 3d 935, D.C. Cir. 1998 (Microsoft II) ; *United States v. Microsoft*, 87 F. Suppl. 2d30, D.D. Cir. 2000 ; *United States v. Microsoft*, 97 F. Suppl. 2d D.D. Cir. 2000 et *United States v. Microsoft*, 253 F. 3d 34, 85, D.C. Cir. 2001 (Microsoft III) : in Catherine PRIETO, « Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir des affaires Microsoft », art. cit., p. 388-391 ; « Comparaisons transatlantiques dans les affaires *Microsoft* », chron. Pratiques unilatérales, RDLC, N° 1-2004, pp. 57-60 ; Jean-Yves de CARA, « L'affaire Microsoft : une mise à l'épreuve du droit antitrust ? », Rev. Lamy conc., octobre/décembre 2008, N° 17, pp. 132-136, spéc. p. 132-135. Pour des détails sur les affaires « *Microsoft* » aux États-Unis, consulter également l'article de Monsieur Jean-Christophe RODA : « Les apports de l'affaire Microsoft au droit américain de la monopolisation », Rev. Lamy conc., N° 17, 2008, pp. 187-190, spéc. p. 180.

¹⁰⁸¹ Catherine PRIETO, « Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir des affaires Microsoft », art. cit., p. 388-391 ; Laurence IDOT, « Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*, Réflexion de juriste... », RDLC, 2005, N° 2, p. 34.

¹⁰⁸² Catherine PRIETO, « Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir des affaires Microsoft », art. cit., p. 386 et 392.

¹⁰⁸³ Communiqué de presse de la Commission, Bruxelles, 24 mars 2004, n° IP/04/382 : www.europa.eu/rapid/press-released_IP-04-382_fr.htm?=-FR. Pour des raisons liées au secret des affaires, la décision est publiée sous une version résumée, reprenant l'essentiel sans les éléments confidentiels : Décision 2007/53/CE de la Commission, 24 mai 2004, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'accord EEE engagée contre *Microsoft Corp.*, aff. COMP/C-3/37.792 – Microsoft, J.O.U.E. 2007, L 32, p. 23. Une version intégrale non confidentielle est disponible en anglais : Commission Decision, relating to a proceeding under Article 82 of EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft), Brussels, 21.4.2004, C(2004)900 final.

était suspectée d'utiliser sa puissance dans le marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels aux fins d'asseoir sa domination dans les marchés des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail et des lecteurs multimédias, en procédant dans le premier cas, à un refus de communiquer les informations visant à assurer l'interopérabilité entre Windows 98 et les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail développés par ses concurrents, et dans le second cas, en imposant le couplage de Windows et le lecteur multimédia WMP¹⁰⁸⁴. Après avoir constaté la position dominante de *Microsoft* sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC, notamment grâce à la société elle-même qui a reconnu l'existence d'une telle position, la Commission a ensuite conclu à une présence de position dominante de celle-ci sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail¹⁰⁸⁵. Pour parvenir à une conclusion, elle s'appuie d'abord sur plusieurs facteurs reposant, entre autres, sur les résultats d'enquêtes révélant une part de marché supérieure à 50 %, l'existence de barrières à l'entrée du second marché et la présence de « *liens de connexité étroits* » entre les deux marchés en cause. Ensuite, elle déduit que la position dominante détenue par *Microsoft* sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC a « *une grande incidence sur le marché voisin des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail* »¹⁰⁸⁶. Une fois la position de l'entreprise déterminée, la Commission s'est interrogée sur le refus que cette dernière opposait à ses concurrents, dont *Sun Microsystems* qui sollicitait la communication d'informations lui permettant d'assurer l'interopérabilité entre son produit et le logiciel de *Microsoft*. La société défenderesse arguait de ses droits de propriété intellectuelle pour justifier son refus¹⁰⁸⁷. Mais l'autorité européenne souligne que la fourniture d'une documentation technique contenant « *les spécifications des protocoles* » aurait pu suffire ; et qu'il n'était pas question de « *donner accès au code source de Windows* », encore moins d'« *autoriser sa reproduction* »¹⁰⁸⁸. Par conséquent, elle déclare le refus risquant d'éliminer la concurrence sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, dans la mesure où « *les informations refusées sont indispensables aux concurrents présents sur ce marché* » ; avant de rajouter qu'il limite

¹⁰⁸⁴ Préc., Communiqué de presse de Commission, n° IP/04/382 ; Préc., Commission européenne, 24 mai 2004, p. 23.

¹⁰⁸⁵ Préc. Commission européenne, 24 mai 2004, points 15-17, p. 24-25.

¹⁰⁸⁶ Préc. Commission européenne, 24 mai 2004, points 15-17, p. 24-25.

¹⁰⁸⁷ Préc. Commission européenne, 24 mai 2004, point 18, p. 25.

¹⁰⁸⁸ Préc. Commission européenne, 24 mai 2004, point 18, p. 25.

également « le développement technique au préjudice des consommateurs »¹⁰⁸⁹. En conclusion, la Commission qualifie le refus de Microsoft d'abus de position dominante¹⁰⁹⁰.

450. Concernant le grief relatif à la vente liée, il a été décidé que les éléments caractérisant l'abus, à savoir la détention d'une position dominante sur un marché en amont, la présence de deux produits véritablement distincts, l'impossibilité de choix pour les consommateurs ainsi que la fermeture du second marché, et la restriction de concurrence induite par le couplage imposé, étaient réunis¹⁰⁹¹. D'où, la considération de la vente liée du système d'exploitation Windows et du lecteur multimédia WMP comme un abus de position dominante, contraire à l'article 82 du traité CE¹⁰⁹². Aux fins de rétablir la situation de concurrence rompue par les deux comportements incriminés en l'espèce, la Commission impose des mesures correctives à *Microsoft* comprenant notamment une obligation de divulguer à ses concurrents sous 120 jours les informations sur les interfaces nécessaires pour que leurs produits puissent dialoguer avec son système d'exploitation, et lui inflige une amende de 497 millions d'euros¹⁰⁹³. Suite à cette condamnation, la firme américaine a formé un recours auprès du TPICE (actuel Trib. UE)¹⁰⁹⁴ et multiplié les stratégies pour ne pas exécuter les mesures de correction prononcées, ce qui lui a valu d'autres condamnations¹⁰⁹⁵. Dans l'ensemble, les décisions rendues ont confirmé les condamnations de fond prononcées par la Commission. Certaines ont néanmoins modifié le montant des astreintes infligées, comme cela a été le cas lors de la dernière affaire en date du 27 juin 2012¹⁰⁹⁶. Entre cet ultime arrêt qui fixe le montant de l'astreinte à 860 millions d'euros et la décision de 2004 constatant l'abus de position dominante, huit années se sont écoulées, auxquelles s'ajoutent les cinq années qu'il a fallu à l'autorité européenne de la concurrence pour parvenir à une condamnation. Inutile de démontrer que les sanctions arrivent trop tard, surtout dans un domaine comme l'informatique où les choses évoluent vite. Sans conteste, le temps joue en faveur de l'entreprise en position dominante. Et *Microsoft* n'a pas manqué de le faire. Il est

¹⁰⁸⁹ Préc. Commission européenne, 24 mai 2004, point 18, p. 25.

¹⁰⁹⁰ Préc. Commission européenne, 24 mai 2004, point 19, p. 25 ; Catherine PRIETO, « Comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft », art. cit., p. 59.

¹⁰⁹¹ Préc., Commission européenne, 24 mai 2004, point 24, p. 26 ; Laurence IDOT, art. cit., p. 34-35 ; Catherine PRIETO, « Comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft », art. cit., p. 58.

¹⁰⁹² Préc., Commission européenne, 24 mai 2004, point 24, p. 26.

¹⁰⁹³ Préc., Communiqué de presse de la Commission, 24 mars 2004 ; Préc., Commission européenne, 24 mai 2004, points 30-39, p. 27-28.

¹⁰⁹⁴ Préc., TPICE, ord., 22 décembre 2004, p. 4463.

¹⁰⁹⁵ Préc., TPICE, 17 septembre 2007, p. 3619 ; Catherine PRIETO, « Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir des affaires Microsoft », art. cit., p. 394-395.

¹⁰⁹⁶ Préc., Trib. UE, 27 juin 2012 : www.curia.europa.eu.

difficile de percevoir un quelconque effet restaurateur des situations de concurrence qu'elle avait empêchées à cause des comportements abusifs liés à sa puissance.

451. Si les affaires étudiées jusqu'ici représentent des cas concrets d'abus de position dominante sur des marchés de dimension mondiale, reflétant donc une mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée, les ententes internationales aussi participent de cette illustration.

B/ Les ententes internationales

452. L'émergence des ententes internationales n'est pas forcément récente¹⁰⁹⁷. D'aucuns pensent même que « *les cartels internationaux ont probablement existé depuis que la révolution industrielle et la révolution du transport ont permis à des vendeurs de différents pays de se trouver en concurrence vis-à-vis de certains de leurs clients* »¹⁰⁹⁸. Mais leur accentuation et leur facilitation sont indissociables de l'avènement du phénomène de mondialisation économique, puisque c'est l'accroissement de la part du commerce international occasionné par la facilité des échanges qui se trouve également à l'origine de la multiplication des ententes internationales¹⁰⁹⁹. D'ailleurs, le moment où l'OCDE a commencé à inviter vivement ses membres à s'intéresser à la question, coïncide avec la période durant laquelle la nouvelle mondialisation économique était devenue une réalité incontestable et que ses effets semblaient perceptibles par tout un chacun. Rappelons que sa recommandation visant à combattre les ententes injustifiables remonte en 1998, tandis que la genèse du phénomène susmentionné se situe juste quelques années auparavant¹¹⁰⁰. L'entente injustifiable est définie dans ladite recommandation, comme « *un accord anticoncurrentiel, une pratique concertée anticoncurrentielle ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou diviser des marchés par*

¹⁰⁹⁷ Jérôme PHILIPPE, Aude GUYON et Ivan GUROV, « Les cartels internationaux », in Guy CANIVET (dir.), opt. cit., p. 177 et s.

¹⁰⁹⁸ Jérôme PHILIPPE, Aude GUYON et Ivan GUROV, art. cit., p. 177. V. également : Véronique SELINSKY, « Mondialisation et ententes injustifiables », in Walid ABDELGAWAD (dir.), opt. cit., p. 358.

¹⁰⁹⁹ Véronique SELINSKY, « Mondialisation et ententes injustifiables », art. cit., p. 357-358.

¹¹⁰⁰ Tout le monde s'accorde à dire que la nouvelle mondialisation économique débute dans les années 90 : Cf. Introduction du présent chapitre. Et l'OCDE a commencé à étudier son impact sur la concurrence, à la même période : Michèle RIOUX, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », art. cit., p. 10.

répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité »¹¹⁰¹. La notion ne renvoie donc pas qu'aux pratiques anticoncurrentielles sur le plan international, elle inclut aussi les comportements exclusivement internes. Une note d'information du Secrétariat de l'OMC fournit quelques éléments approfondis en ce sens, précisant notamment que les ententes injustifiables peuvent être d'« *envergure nationale ou internationale* »¹¹⁰². Elle invite surtout à effectuer une distinction entre entente injustifiable internationale et notion de cartels d'exportation et d'importation : d'une part, les cartels d'exportation opèrent une fixation de prix ou de quotas de production « *sur les marchés d'exportation des sociétés participantes mais pas sur leur marché national* », d'autre part, les cartels d'importation visent la régulation des prix et autres conditions appliquées « *aux biens ou aux services importés sur le marché national des sociétés participantes* » ; tandis que les ententes internationales établissent généralement « *les prix, la production ou d'autres paramètres de la concurrence sur plusieurs marchés, y compris celui des entreprises participantes* »¹¹⁰³.

453. En dépit de la pertinence de la catégorisation, l'objet de la présente analyse qui vise simplement à mettre en exergue les ententes anticoncurrentielles se déroulant ou générant des conséquences sur plusieurs marchés nationaux à la fois, commande de regrouper les pratiques définies auparavant, sous le concept d'ententes internationales ou cartels internationaux, lequel doit être compris selon son sens traditionnel, à savoir des « *cartels qui comptent parmi leurs membres au moins une entité qui n'est pas domiciliée dans la juridiction dont relève les participants* »¹¹⁰⁴. Et en la matière, les exemples ne manquent pas. Le cas le plus emblématique ayant longuement marqué les esprits de par son ampleur, est l'entente mondiale sur les vitamines¹¹⁰⁵. En effet, poussés par la société suisse *Hoffmann-La Roche*, les laboratoires pharmaceutiques producteurs de vitamines se sont entendus pendant dix ans afin d'éliminer la concurrence dans le secteur¹¹⁰⁶. Démantelé en 1999 par la Commission européenne, l'enquête a révélé que pas moins de treize sociétés européennes et

¹¹⁰¹ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, opt. cit., paragraphe I.

¹¹⁰² OMC, *Dispositions relatives aux ententes injustifiables*, Note d'information du Secrétariat, 20 juin 2002, WT/WGTCP/W/191, p. 2.

¹¹⁰³ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/191, p. 2. V. également : OCDE, *Obstacles aux échanges et à la concurrence*, opt. cit., p. 21-22 sur la définition des ententes à l'exportation et des ententes à l'importation.

¹¹⁰⁴ Jérôme PHILIPPE, Aude GUYON et Ivan GUROV, art. cit., p. 179 ; OCDE, *Les ententes injustifiables : progrès récents et défis futurs*, opt. cit., p. 34-35.

¹¹⁰⁵ V. OCDE, *Ententes injustifiables*, opt. cit., p. 25 ; Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit. p. 262-263.

¹¹⁰⁶ Préc., Communiqué de presse de la Commission, 21 novembre 2001 ; Préc., Commission européenne, 21 novembre 2001, p. 1.

non européennes avaient pris part au cartel¹¹⁰⁷. En réalité, il ne s'agissait pas d'une entente unique mais huit, distinctes les unes des autres, dont l'objet reposait sur le partage des marchés ainsi que la fixation des prix dans le domaine des produits vitaminiques¹¹⁰⁸. Les participants se sont vus infliger une amende de 855,22 millions d'euros, dont 462 millions imposés à la seule société *Hoffmann-La Roche*, considérée comme l'instigateur principal¹¹⁰⁹. Le deuxième acteur principal, la société allemande *BASF AG*, a été quant à elle condamnée à 296,16 millions d'euros¹¹¹⁰. Les deux acteurs représentaient au moment des faits, successivement les premier et deuxième producteurs mondiaux de vitamines, avec par exemple une part de marché mondial de 50 % rien que pour l'entreprise *Hoffmann-La Roche*¹¹¹¹. À cela s'ajoutent six autres sociétés de nationalité différente, dont une française, une hollandaise, une allemande et trois japonaises ; dès lors, la dimension et les conséquences mondiales du cartel deviennent évidentes. Pour l'autorité européenne, l'ensemble de ces producteurs approvisionnant le marché européen ont enfreint l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE et l'article 53 de l'Accord EEE, pour avoir conclu et mis en œuvre une série d'accords durables dans le cadre desquels « *ils ont fixé les prix des différents produits, se sont attribués des quotas de vente, ont décidé d'un commun accord et mis en œuvre des augmentations de prix, ont publié des annonces de prix conformément à leurs accords et ont participé à un système de réunions régulières pour mettre leurs plans à exécution* »¹¹¹². La conséquence directe de la collusion a été un maintien à la hausse du prix des vitamines sur les marchés de toutes les régions du globe pendant la durée de l'acte anticoncurrentiel¹¹¹³. D'aucuns évoquent une augmentation de prix dépassant les 53 % sur les importations de vitamines¹¹¹⁴. Outre le préjudice pour les consommateurs du monde entier, le cartel cause également un dommage aux entreprises qui n'y avaient pas pris part. Un des volets de l'affaire traitée par les juridictions américaines portait, par exemple, sur ces types de questions¹¹¹⁵.

¹¹⁰⁷ Préc., Communiqué de presse de la Commission, 21 novembre 2001.

¹¹⁰⁸ Préc., Communiqué de presse de la Commission, 21 novembre 2001 ; Préc., Commission européenne, 21 novembre 2001, points 1-2, p. 1-2.

¹¹⁰⁹ Préc., Communiqué de presse de la Commission, 21 novembre 2001 ; Préc., Commission européenne, 21 novembre 2001, point 775, p. 74.

¹¹¹⁰ Préc., Commission européenne, 21 novembre 2001, point 775, p. 74.

¹¹¹¹ Préc., Communiqué de presse de la Commission, 21 novembre 2001.

¹¹¹² Préc., Commission européenne, 21 novembre 2001, point 2, p. 2.

¹¹¹³ Véronique SELINSKY, « Mondialisation et ententes injustifiables », art. cit., p. 358.

¹¹¹⁴ CNUCED, *Examen de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble*, 9 septembre 2005, TD/RBP/CONF.6/10, p. 16.

¹¹¹⁵ Med REZZOUK, « Portée extraterritoriale du Sherman Act : perspectives après l'épilogue de l'affaire du cartel des vitamines », RIDE 2007/1, pp. 69-90 ; François SOUTY, art. cit., pp.3-14.

454. L'exemple du cartel des vitamines ne constitue pas une exception. Car, quelques mois avant son démantèlement, la Commission européenne avait découvert et sanctionné l'existence d'une entente illicite d'ampleur mondiale dans le secteur des électrodes en graphite¹¹¹⁶. Là aussi, huit producteurs représentant la quasi-totalité de la production mondiale s'étaient mis d'accord pour fixer les prix et se répartir les marchés à l'échelle du monde¹¹¹⁷. En sus des cas évoqués, des affaires telles que le cartel de la lysine¹¹¹⁸, ou encore l'entente internationale sur les produits chimiques pour caoutchouc¹¹¹⁹, peuvent venir étoffer la liste. En y incluant les ententes circonscrites dans un territoire donné mais produisant des effets sur le commerce international, comme cela a été le cas de l'entente nationale sur le sucre en Espagne qui avait généré un préjudice concurrentiel au détriment des exportateurs espagnols de produits contenant du sucre¹¹²⁰, l'on perçoit alors toute l'ampleur de la mondialisation des comportements anticoncurrentiels. Étant pour l'essentiel le fait d'opérateurs privés, le malaise de l'ORD qui a été instituée pour s'occuper des comportements étatiques semble *a priori* inévitable. Il sera confirmé par les difficultés éprouvées lors du traitement des affaires de concurrence soumises à son arbitrage.

Section 2 : Les difficultés de l'ORD dans la saisine des comportements d'origine privée

455. Le droit de la concurrence de l'OMC identifié dans la première partie de la présente thèse contient suffisamment de règles permettant de régir correctement les comportements étatiques et, indirectement, certaines pratiques d'origine privée. Mais le mécanisme de règlement des différends censé veiller à son application comporte une lacune institutionnelle qui pousse finalement à relativiser la capacité d'encadrement de l'Organisation multilatérale même vis-à-vis des agissements anticoncurrentiels imputables aux États. En effet, bien que le mécanisme présente tous les critères d'une juridiction au sens matériel du terme¹¹²¹, la portée dissuasive de ses sanctions laisse complètement à désirer. Car

¹¹¹⁶ Communiqué de presse de la Commission, Bruxelles, 18 juillet 2001, n° IP/01/1010, www.europa.eu/rapid-released_IP-01-1010_fr.htm?FR; Décision 2002/271/CE de la Commission, 18 juillet 2001, *Electrodes de graphite*, aff. COMP/E-1/36.490, JOCE L 100, 16 avril 2002, p. 1.

¹¹¹⁷ Préc., Communiqué de presse de la Commission, 18 juillet 2001; OCDE, *Ententes injustifiables*, opt. cit., p. 13.

¹¹¹⁸ OCDE, *Ententes injustifiables*, opt. cit., p. 17.

¹¹¹⁹ OCDE, *Les ententes injustifiables : Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998 de l'OCDE*, opt. cit., p. 14.

¹¹²⁰ OCDE, *Les ententes injustifiables : progrès récents et défis futurs*, opt. cit., p. 10-11.

¹¹²¹ Cf. II - La nature juridique du système de règlement des différends : Section 1, Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

la phase de mise en œuvre des décisions et recommandations souffre d'un déficit de coercition¹¹²². Exception faite des mesures de « *rétorsion croisée* »¹¹²³, les contre-mesures prévues à titre de sanction du défaut d'exécution des décisions de l'ORD, sont dépourvues de tout caractère punitif¹¹²⁴. De surcroît, lesdites mesures ne constituent pas elles non plus un gage d'efficacité et suscitent des doutes quant à leur application par un petit État ou un pays à économie modeste contre un État très puissant¹¹²⁵. S'ajoutent à la situation, l'absence de mesures provisoires suspendant ou compensant les effets de la mesure litigieuse pour la durée de la procédure¹¹²⁶, ainsi que le défaut de réparation du préjudice subi, les décisions prononçant simplement le retrait de la mesure en cas de contrariété ou de réduction d'avantage résultant des accords de l'OMC¹¹²⁷.

456. L'efficacité des sanctions de l'ORD semble donc loin d'être optimale. Si le constat est valable pour les comportements étatiques, il le sera *a fortiori* pour les comportements privés, lesquels ne sont même pas directement concernés par le système de règlement des litiges. Les limites prennent une autre ampleur lorsque, confrontée à des affaires touchant significativement à la question de la concurrence, comme l'affaire *Japon – Pellicules* et l'affaire *Telmex*¹¹²⁸, la juridiction de l'OMC peine à adopter une analyse concurrentielle lui permettant de sanctionner pleinement les infractions commises, faute de texte suffisamment adapté. Avant d'étayer de telles difficultés (II), il convient de voir auparavant les insuffisances des sanctions formant une lacune institutionnelle, qui décrédibilise la capacité de l'ORD à encadrer la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles (I).

¹¹²² Zalmai HAQUANI et Philippe SAUNIER, opt. cit., p. 64 ; Vilaysoun LOUNGNARATH, art. cit., p. 65 ; Philippe VINCENT, opt. cit., p. 71.

¹¹²³ Cf. B/ La phase d'exécution des décisions et recommandations : Paragraphe I, Section 1, Chapitre 2, Titre 2 de la 1^{ère} Partie du présent ouvrage ; Article 22 : 3 du Mémoire d'accord.

¹¹²⁴ Eric CANAL-FORGUES, art. cit., p. 287 ; Zalmai HAQUANI et Philippe SAUNIER, opt. cit., p. 64.

¹¹²⁵ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 747-748.

¹¹²⁶ Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 732 et s.

¹¹²⁷ Vilaysoun LOUNGNARATH, art. cit., p. 65.

¹¹²⁸ Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS44/R et Rapport du Groupe spécial, opt. cit., WT/DS204/R.

I - Les limites institutionnelles des sanctions de l'ORD

457. Comme déjà indiqué, le Mémorandum d'accord institue une procédure contraignante de règlement des différends, organise un système de surveillance de la mise en œuvre des décisions et recommandations, et prévoit un mécanisme de compensation ainsi que de suspension de concessions en cas de défaillance dans l'exécution desdites décisions et recommandations. Cependant, pour la dernière étape, qui aurait dû nécessiter plus de fermeté envers la partie récalcitrante, il choisit d'accorder une grande place à la volonté des protagonistes, en instaurant une possibilité de négocier les mesures de compensation¹¹²⁹. La formulation de son article 22 paraît clairement éloignée de tout processus coercitif ou punitif, voire difficilement conciliable avec une démarche juridique¹¹³⁰. Énonçant d'abord un principe selon lequel « *la compensation est volontaire et, si elle est accordée, elle sera compatible avec les accords visés* » (paragraphe 2), le texte ne prévoit pas de mesures contraignantes immédiates lorsque la partie condamnée ne s'exécute pas en retirant sa mesure jugée incompatible avec les accords de l'OMC ou en se conformant aux recommandations qui lui ont été adressées. Au contraire, il l'invite à accepter une négociation, si demande lui est faite, afin de trouver une « *compensation mutuellement acceptable* ». C'est seulement en l'absence de « *compensation satisfaisante* », que la partie plaignante dispose d'une faculté de solliciter auprès de l'ORD une autorisation de suspension de concessions¹¹³¹. Ce dernier aspect du dispositif prévu en cas de défaillance dans l'exécution des décisions et recommandations, semble être le seul à avoir véritablement les allures d'une sanction¹¹³². Ce qui paraît très insuffisant pour assurer une garantie d'application des solutions prononcées. Le constat est partagé par un certain nombre d'experts considérant que la « *phase de sortie du système de règlements des différends est perfectible* »¹¹³³. Difficile de ne pas adhérer à une telle analyse dès lors que, outre l'éventail restreint des dispositions présentant une nature coercitive, l'on découvre que la manière dont est organisée l'utilisation des contre-mesures sous forme de suspension de concessions, tend à limiter leur portée sanctionnatrice. D'abord, elles ne peuvent intervenir qu'en cas d'échec des négociations visant à trouver une compensation convenant aux deux parties. Ensuite, lorsque leur emploi est autorisé par l'ORD, elles ne

¹¹²⁹ Article 22.2 du Mémorandum d'accord.

¹¹³⁰ Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 779, p. 250 ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 110-111.

¹¹³¹ Article 22.2 du Mémorandum d'accord.

¹¹³² V. Vilaysoun LOUGNARATH, art. cit., p. 65-66 ; Zalmai HAQUANI et Philippe SAUNIER, opt. cit., p. 64.

¹¹³³ Vilaysoun LOUGNARATH, art. cit., p. 65.

peuvent pas tout de suite prendre la forme d'une mesure de rétorsion croisée, c'est-à-dire celle qui ressemble le plus à une sanction parmi l'ensemble des outils encadrant le non-respect des condamnations.

458. En effet, le paragraphe 3 de l'article 22 du Mémorandum d'accord impose à la partie qui adopte une mesure de rétorsion commerciale, le respect d'un certain nombre de principes comprenant, en premier lieu, l'obligation de chercher d'abord à suspendre des concessions ou d'autres d'obligations dans le secteur où sont intervenues la violation, l'annulation ou la réduction d'avantages constatées par un groupe spécial ou l'Organe d'appel¹¹³⁴. C'est uniquement lorsqu'il juge impossible ou inefficace de suspendre des concessions dans le secteur d'intervention de l'infraction, que l'État concerné dispose, dans un deuxième temps, de la faculté de suspension dans d' « *autres secteurs au titre du même accord* »¹¹³⁵; et puis dans un troisième temps et pour les mêmes raisons d'impossibilité ou d'inefficacité, d'un droit de suspendre des concessions « *au titre d'un autre accord visé* »¹¹³⁶. Cependant pour le dernier aspect, le texte énonce une condition supplémentaire, reposant sur l'existence de « *circonstances suffisamment graves* »¹¹³⁷. Alors que la troisième option désigne une technique qui aurait pu constituer un moyen de sanction à haute portée dissuasive, susceptible de permettre à l'État vainqueur dans le cadre du règlement des litiges, de contraindre l'État perdant à exécuter les décisions et recommandations prononcées, en lui appliquant des contre-mesures dans des domaines où celui-ci sentirait significativement leurs effets, les rédacteurs du Mémorandum d'accord, ou plutôt les États membres, émettent une condition qu'ils n'exigent pas pour les deux premières options. À croire qu'à la place d'une sanction dûment préétablie, ils préfèrent une sanction négociée. Pour preuve, les dispositifs prévus ne visent pas la réparation du préjudice causé par la mesure jugée incompatible avec les accords de l'OMC, mais poursuivent son retrait¹¹³⁸. Quand bien même une telle situation ne suffirait pas à ôter le caractère de sanction auxdits dispositifs qui, par ailleurs, semblent cohérents avec l'objectif général du système de règlement des différends¹¹³⁹, la faculté de négociation de compensations commerciales entre l'État condamné et l'État victime de la

¹¹³⁴ Article 22.2 a), du Mémorandum d'accord.

¹¹³⁵ Article 22.2 b) du Mémorandum d'accord.

¹¹³⁶ Article 22.2 c) du Mémorandum d'accord.

¹¹³⁷ V. Article 22.2 c) du Mémorandum d'accord.

¹¹³⁸ Patricia ROSIAK, *opt. cit.*, p. 91-92 ; Vilaysoun LOUNGNARATH, *art. Cit.*, p. 65 ; Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *art. cit.*, p. 746-747 ; Eric CANAL-FORGUES, *opt. cit.* p. 89-90.

¹¹³⁹ Pour des développements sur le but de système de règlement des différends, V. : Chapitre 2 : Une juridiction chargée de l'application du droit de l'OMC : Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

mesure incriminée empêche néanmoins la garantie d'une cessation de l'illégalité¹¹⁴⁰. D'où un certain discrédit sur la nature juridictionnelle de l'institution, ainsi que sur sa capacité à mettre un terme aux transgressions du droit de l'OMC.

459. L'analyse des instruments textuels donne l'impression que leur mise en œuvre dépend beaucoup de la bonne volonté de la partie condamnée. Autrement dit, l'aboutissement de la sanction du défaut d'exécution des décisions et recommandations de l'ORD passe par la coopération de l'État défaillant. L'approche est très curieuse, et conduit légitimement à se poser la question de l'efficacité des sanctions. Selon nous, dans le contenu des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord, la coopération des parties l'emporte sur la contrainte. Ce qui ne correspond pas forcément à une inefficacité : les États ayant souvent des intérêts économiques imbriqués, ils peuvent facilement trouver des compensations mutuellement acceptables et clore le différend sans mettre fin à l'illégalité. Imaginons une mesure étatique enfreignant une disposition sur la concurrence, par exemple, l'article VIII de l'AGCS sur les monopoles et fournisseurs exclusifs de service ; qu'elle a été jugée incompatible avec le texte en question et d'autres principes de l'OMC tels que l'interdiction des discriminations ; que l'État auteur de la mesure arrive à négocier une compensation mutuellement satisfaisante avec l'État plaignant ; alors, il y aurait de fortes chances que la mesure illégale soit maintenue. Cela veut dire que le marché resterait affecté d'une pratique anticoncurrentielle. Certes, le Mémoire d'accord précise que les mesures de compensation ainsi que de suspension de concessions ou d'autres obligations désignent des dispositifs temporaires, l'objectif principal demeurant « *la mise en conformité avec les accords visés* »¹¹⁴¹. Mais il n'empêche que la question de l'illégalité se pose toujours. D'une part, l'État condamné peut gagner du temps en maintenant sa mesure durant la phase d'application des dispositifs temporaires. D'autre part, une fois trouvée une compensation mutuellement satisfaisante, rien ne garantit que les parties seraient enclines à poursuivre le retrait de la mesure jugée non conforme au droit de l'OMC. Par conséquent, en cas de mauvaise volonté de leur part, surtout de la principale concernée, la mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD risque sérieusement d'être compromise. D'où, la limite des sanctions prévues pour le défaut d'exécution. Seule l'application de mesures de rétorsion croisées s'apparente théoriquement à une contrainte ou punition. « Théoriquement » car, sur le plan pratique, sa force de dissuasion peut se révéler inefficace selon le poids économique et politique des parties concernées. Un petit État du

¹¹⁴⁰ Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 91 ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 110-111 ; Philippe VINCENT, opt. cit., p. 71.

¹¹⁴¹ Article 22.1 du Mémoire d'accord.

Tiers-Monde est-il capable, à lui seul, de prendre des contre-mesures suffisamment efficaces contre des États ou blocs économiques très puissants, comme les États-Unis, la Chine ou l'Union européenne ? S'il obtient l'autorisation de l'ORD, rien ne présage qu'il parvienne à ses fins, tant les moyens politique, économique et juridique paraissent déséquilibrés¹¹⁴². À l'instar de Madame Rosiak, soulignant que l'emploi de mesures de rétorsion commerciales « *n'est pas d'un maniement facile* »¹¹⁴³, nous ajouterons que le dispositif n'est pas à la portée de tous les États. Ainsi, outre l'exigence liée à la condition d'équivalence entre le niveau de la suspension de concessions et celui de l'annulation ou la réduction d'avantages¹¹⁴⁴, le caractère exceptionnel et temporaire¹¹⁴⁵ atténue la portée punitive de l'unique contre-mesure pourvue des aspects d'une sanction.

460. En somme, les sanctions pour inexécution des décisions et recommandations ne sont pas assez dissuasives pour apporter l'efficacité escomptée. Contrairement à la juridictionnalisation grandissante des phases de procédure et d'adoption des décisions, cette ultime étape semble décalée. Par conséquent, même pour les comportements étatiques, l'encadrement effectif est loin d'être optimal. Pour le cas particulier des comportements anticoncurrentiels, il ne suffit pas d'adopter des règles les régissant, il faut aussi savoir prendre des sanctions impératives en cas de transgression. L'OMC fait les deux mais ne prévoit pas suffisamment de contrainte dans le dernier aspect, et accorde beaucoup de place à la volonté des parties, chose difficilement conciliable avec l'idée de sanction.

461. Si un tel constat s'impose pour les destinataires directs du droit et des décisions de l'institution multilatérale, nul doute qu'il s'accroîtra davantage en ce qui concerne les acteurs privés, qui ne sont impliqués que de manière indirecte.

II - Les difficultés de l'ORD dans la saisine des comportements d'origine privée

462. L'ORD a pour mission de trancher des différends commerciaux sur le fondement du droit de l'OMC. Mais généralement, à l'origine de ces différends se trouvent

¹¹⁴² V. Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 747-748 .

¹¹⁴³ Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 92.

¹¹⁴⁴ Article 22.4 du Mémorandum d'accord ; Virgile PACE, opt. cit., p. 254.

¹¹⁴⁵ Article 22.1 du Mémorandum d'accord ; Patricia ROSIAK, opt. cit., p. 92 ; Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », art. cit., p. 746.

les principaux acteurs de commerce international, en l'occurrence les agents économiques privés qui, dépourvus d'un droit de saisir directement la « juridiction », n'ont d'autre choix que de s'en remettre à l'État dont ils sont les ressortissants¹¹⁴⁶. Pour endosser correctement le litige, ce dernier doit être capable de traduire les demandes de ses ressortissants en moyens susceptibles de lui permettre de déposer une plainte pour violation ou une plainte pour annulation ou réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC, les deux seuls motifs de saisine de l'ORD¹¹⁴⁷. Si une telle technique fonctionne relativement bien, il est parfois compliqué de prendre en compte systématiquement l'ensemble des éléments du litige ; certains actes étant difficilement imputables à l'État, d'autres ne rentrant pas dans le cadre des notions édictées par les textes. Cumulée au caractère un peu vague de quelques dispositions importantes, la situation cause souvent des difficultés à l'ORD pour le traitement des affaires. En tout cas, cela s'est vérifié, pour la matière concurrentielle, dans les deux grandes affaires de pratiques anticoncurrentielles au sens strict, à savoir l'affaire *Japon – Pellicules* et l'affaire *Telmex*¹¹⁴⁸.

463. Ayant longuement été évoquées lors de l'étude de jurisprudence opérée dans la première partie du présent ouvrage¹¹⁴⁹, elles ne seront pas détaillées à nouveau. Seuls les points suscitant des difficultés feront l'objet d'une mise en exergue. Cela dit, la première affaire opposait deux entreprises privées, *Kodak* et *Fuji*, par l'intermédiaire de leurs États respectifs, les États-Unis et le Japon. Elle est extrêmement intéressante en ce qu'elle démontre toutes les difficultés pour un État de se prévaloir d'une situation anticoncurrentielle pénalisant ses entreprises, aux fins de la transformer en un manquement juridique imputable à l'État sur le territoire duquel se produit ladite situation, et déposer une plainte crédible auprès de l'ORD. En l'espèce, la demande du gouvernement américain n'a pas abouti parce qu'il n'a pas réussi à établir l'imputation¹¹⁵⁰. Autrement dit, il a été dans l'incapacité de prouver que les pratiques anticoncurrentielles des entreprises japonaises affectant *Kodak* étaient dues au fait du gouvernement japonais, soit à travers ses mesures encadrant l'activité de distribution et

¹¹⁴⁶ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *opt. cit.*, p. 96-97 ; Eric CANAL-FORGUES, *opt. cit.*, p. 18-19. Cf. I- Les caractéristiques du système de règlement des différends : Section 1, Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 1 de la présente thèse.

¹¹⁴⁷ Cf. III- Le déroulement de la procédure de règlement des différends : Section 1, Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹¹⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, *opt. cit.*, WT/DS44/R et Rapport du Groupe spécial, *opt. cit.*, WT/DS204/R.

¹¹⁴⁹ Cf. II- Le contentieux des mesures de défense commerciale : Section 2, Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹¹⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, *opt. cit.*, WT/DS44/R, paragraphes 10.382, 10.402 et s.

de promotion, soit son inaction pour mettre un terme à la situation¹¹⁵¹. Certains commentateurs, parmi lesquels Monsieur Habib Gherari, estiment que le rejet de la plainte américaine s'explique par la faiblesse de l'argumentation adoptée et le choix de plainte en situation de non-violation¹¹⁵². Mais les plaignants avaient-ils vraiment d'autres choix beaucoup plus crédibles ? L'adhésion à une telle analyse n'empêche néanmoins pas de penser que ce sont surtout les règles de concurrence incorporées dans les accords de l'OMC et le système de plainte auprès de l'ORD qui se prêtent mal à l'encadrement comportements anticoncurrentiels d'origine privée¹¹⁵³. Le constat se renforce dans la mesure où les membres des groupes spéciaux éprouvent, à leur tour, des difficultés à appliquer les textes aux comportements en question.

464. En effet, dans le rapport du groupe spécial distribué dans le cadre de la présente affaire *Japon – Pellicules*, il est mentionné que l'ORD a eu à connaître d'un « certain nombre de différends commerciaux à propos desquels des groupes spéciaux se sont trouvés devant des appréciations parfois difficiles à porter sur la mesure dans laquelle des actions qui se présentent en apparence comme privées peuvent néanmoins être imputables à un gouvernement parce que celui-ci a un certain lien avec elles ou les a entérinées »¹¹⁵⁴. Monsieur Henry Lesguillons y voit un aveu, de la part des arbitres, d'une difficulté dans l'appréhension des pratiques anticoncurrentielles, qu'ils qualifient de « privées » alors qu'elles « étaient tout de même imputables à des membres et étaient donc de nature à poser la question de la violation de l'un ou l'autre accord dans le cadre de l'OMC »¹¹⁵⁵. Il faut dire que le caractère limité des instruments à leur disposition ne leur facilite pas la tâche. La notion de « mesure » en constitue un des exemples : élément central dans la recevabilité des plaintes, la fixation de ses contours pose souvent problème. Ce qui reflète le malaise des membres des groupes spéciaux vis-à-vis de la question. Dans le cas qui nous occupe, d'une part ils rappellent le principe selon lequel l'Accord OMC désigne un accord international édictant des obligations directes uniquement à l'adresse des gouvernements nationaux et territoires douaniers distincts, pour ensuite déclarer qu'« implicitement », le terme de

¹¹⁵¹ Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : Les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », art. cit., p. 277 ; Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 258-259.

¹¹⁵² Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 296-297.

¹¹⁵³ V. Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p.258-259.

¹¹⁵⁴ Rapport du groupe spécial, opt. cit., WT/DS44/R, paragraphe 10.52.

¹¹⁵⁵ Henry LESGUILLONS, art. cit., p. 72-73.

« mesure » figurant à l'article XXIII :1 b) du GATT et l'article 26 :1 du Mémoire d'accord, ainsi que partout ailleurs dans l'ensemble des textes annexés à l'Accord susmentionné, « *ne vise que les politiques ou actions des gouvernements, et non celles des parties privées* »¹¹⁵⁶. D'autre part, ils font appel à la jurisprudence précédente, notamment des affaires traitées dans le cadre du GATT de 1947, pour affirmer que « *le fait qu'une action est décidée par des parties privées n'exclut pas la possibilité qu'elle soit considérée comme gouvernementale si le gouvernement y intervient suffisamment* »¹¹⁵⁷. Mais les arbitres concluent à une difficulté d'établir sur ce point « *des règles clairement délimitées* » et que la situation devrait « *être examinée au cas par cas* »¹¹⁵⁸. De ce raisonnement, transparaît une volonté de saisir de certains comportements privés, mais également un aveu d'impuissance, qui se matérialise à la fin de la décision. Leur choix pour une interprétation extensive de la notion de mesure, exprimé en ces passages « *nous adopterons une interprétation extensive de ce qui constitue une mesure, sans perdre de vue que les États-Unis sont tenus, en tout état de cause, de démontrer que la mesure a bien effectivement pour effet d'annuler ou de compromettre des avantages escomptés* »¹¹⁵⁹, n'y a rien changé. Le groupe spécial n'est pas parvenu à appliquer le droit de l'OMC aux mesures prises des personnes privées¹¹⁶⁰. D'où la preuve, à la fois de l'inadaptation d'un tel droit et de celle du mécanisme de règlement des différends, aux pratiques anticoncurrentielles commises par lesdites personnes.

465. L'affaire *Telmex* révèle, elle aussi, d'autres difficultés consolidant la situation. Cette fois-ci, il était question de pratiques anticoncurrentielles dans un secteur particulier, les services de télécommunications de base, où existe un texte spécifique encadrant la libre concurrence¹¹⁶¹. L'ORD n'avait donc d'autres choix que de procéder à une analyse concurrentielle. Si le groupe spécial chargé de l'affaire s'est effectivement attelé à ce travail avant de condamner le Mexique pour ne pas avoir empêché l'entreprise *Telmex* de réaliser des pratiques anticoncurrentielles¹¹⁶², il a cependant éprouvé beaucoup de difficultés dans la définition de la notion de « pratiques anticoncurrentielles » et son raisonnement paraît

¹¹⁵⁶ Rapport du groupe spécial, opt. cit., WT/DS44/R, paragraphe 10.52.

¹¹⁵⁷ Rapport du groupe spécial, opt. cit., WT/DS44/R, paragraphe 10.56.

¹¹⁵⁸ Rapport du groupe spécial, opt. cit., WT/DS44/R, paragraphe 10.56.

¹¹⁵⁹ Rapport du groupe spécial, opt. cit., WT/DS44/R, paragraphe 10.60.

¹¹⁶⁰ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 258-259.

¹¹⁶¹ Cf. B/ L'affaire Mexique – Télécommunications : II/, Section 2, Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹¹⁶² Cf. B/ L'affaire Mexique – Télécommunications : II/, Section 2, Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage ; Pierre ARHEL, art. cit., p. 277-278.

contestable, selon certains commentateurs¹¹⁶³. Le manque d'aisance s'observe par la référence à une multitude de sources aussi différentes que variées, notamment les dictionnaires, les législations nationales, l'article 46 de la Charte de La Havane de 1948, l'Ensemble de principes et règles de l'ONU de 1980, la recommandation de l'OCDE sur les ententes injustifiables, dans le dessein de pallier l'absence de définition de la notion en question dans le cadre des textes de l'OMC, puis d'en proposer une¹¹⁶⁴. Il se confirme avec le résultat adopté à l'issue de leur consultation, avec une définition des pratiques anticoncurrentielles relativement vague : « *des actions qui diminuent la rivalité ou la concurrence sur le marché* »¹¹⁶⁵. Monsieur Habib Gherari qualifie ce résultat d' « *assez décevant* »¹¹⁶⁶. Mais le groupe spécial ne s'était pas arrêté là. Il avait par la suite envisagé la notion dans le contexte du Document de référence, pour énoncer qu'elle comprend, outre les exemples listés dans la section 1.2, les « *pratiques horizontales se rapportant à des accords sur la fixation des prix et le partage de marchés* »¹¹⁶⁷. Évoquant explicitement les ententes, le passage ressemble plus au contenu classique du terme de « pratiques anticoncurrentielles » tel qu'on le connaît en droit interne. Ici aussi, d'aucuns jugent critiquable la décision de faire figurer les ententes parmi les pratiques anticoncurrentielles envisagées par le Document de référence alors qu'elles ne sont même pas régies par bon nombre de législations nationales¹¹⁶⁸. Hormis les présentes critiques, l'analyse concurrentielle du groupe spécial suscite quelques interrogations. Les limites de l'analyse ont été reconnues en premier par le groupe spécial lui-même, déclarant que : « *notre constatation se limite à l'interprétation des obligations dans le cadre de l'AGCS qui incombent au Mexique au titre de la section 1 de son Document de référence, en ce qui concerne les États-Unis, et en ce qui concerne les mesures anticoncurrentielles très spécifiques sur le marché pertinent des télécommunications* »¹¹⁶⁹. Étudiant l'affirmation, Monsieur Henry Lesguillons explique que les arbitres avouaient discrètement les limites de leur raisonnement concurrentiel en précisant qu'ils visaient

¹¹⁶³ Henry LESGUILLONS, art. cit., p. 77-82 ; Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 259 ; Habib GHERARI, « L'influence de l'Organisation mondiale du commerce sur le droit de la concurrence (à travers le cas des États-Unis et du Mexique) », art. cit. p. 277-279.

¹¹⁶⁴ Rapport du groupe spécial, WT/DS204/R, opt. cit., paragraphe 7.230 et s.

¹¹⁶⁵ Rapport du groupe spécial, WT/DS204/R, opt. cit., paragraphe 7.230.

¹¹⁶⁶ Habib GHERARI, « L'influence de l'Organisation mondiale du commerce sur le droit de la concurrence (à travers le cas des États-Unis et du Mexique) », art. cit. p. 278 ; Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 305.

¹¹⁶⁷ Rapport du groupe spécial, WT/DS204/R, opt. cit., paragraphes 7.231 et 7.238.

¹¹⁶⁸ Habib GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », art. cit., p. 305 ; Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 259.

¹¹⁶⁹ Rapport du groupe spécial, WT/DS204/R, opt. cit., paragraphe 7.268.

simplement la résolution d'un litige particulier¹¹⁷⁰. Selon lui, « *l'analyse concurrentielle n'est pas utilisée pour elle-même mais pour les besoins du bon aboutissement des finalités propres à l'OMC (accès aux marchés)* »¹¹⁷¹. Finalement, à l'instar des dispositions concurrentielles soumises à la finalité des accords qui les incorporent et non à la protection de la concurrence en soi¹¹⁷², l'ORD adopte une démarche similaire en effectuant une analyse concurrentielle non pas pour elle-même mais pour assurer la garantie de l'accès aux marchés. Ce qui ne constitue pas forcément une mauvaise chose car l'accès aux marchés désigne, comme nous avons tenté de le démontrer dans la première partie de la présente thèse, la principale finalité du droit et de la politique de concurrence de l'OMC dont nous défendons l'existence¹¹⁷³. En revanche, la situation devient rédhibitoire dès lors qu'aucune place n'est laissée à la protection de la concurrence en tant que telle. Pour être complet, un droit de la concurrence doit à la fois poursuivre l'objectif de préservation de la concurrence sur le marché, ainsi que la protection des droits des concurrents et des consommateurs, ce qui paraît loin d'être le cas du droit de l'institution multilatérale¹¹⁷⁴. Par conséquent, sa substance laisse encore à désirer sur certains points.

466. Les difficultés de l'ORD ne doivent pas surprendre dans la mesure où la matière concurrentielle représente un domaine dans lequel les éléments factuels sont très importants. Or, comment les appréhender si les principaux acteurs du marché ne sont pas régis par les textes et ne peuvent être parties aux litiges ? L'approche indirecte montre donc ses limites.

Une adaptation des instruments d'encadrement des comportements anticoncurrentiels s'impose avec évidence.

¹¹⁷⁰ Henry LESGUILLONS, art. cit., p. 81.

¹¹⁷¹ Henry LESGUILLONS, art. cit., p. 81-82.

¹¹⁷² Cf. III- De l'analyse des règles concurrentielles de l'OMC en fonction des différentes théories sur la formation d'un droit de la concurrence : Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹¹⁷³ Cf. III- De l'analyse des règles concurrentielles de l'OMC en fonction des différentes théories sur la formation d'un droit de la concurrence : Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹¹⁷⁴ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 266-267.

CONCLUSION DU TITRE 1

467. Alors que la mondialisation économique, phénomène dont l'avènement fut facilité grâce, entre autres causes, à l'ouverture des marchés et la libéralisation des échanges initiées par l'OMC et son prédécesseur¹¹⁷⁵, génère une augmentation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée, le droit de l'Organisation demeure quant à lui « figé » dans le temps. Loin de suivre le mouvement, il se présente comme un « droit public » régissant uniquement les comportements des États ou territoires douaniers distincts et ignorant les agents économiques privés. N'envisageant ces derniers que de façon indirecte, son contenu ne couvre pas non plus l'intégralité de la matière concurrentielle et occulte des branches importantes, comme le contrôle des concentrations de dimension transfrontière et les ententes internationales. De telles insuffisances, cumulées à la fermeture aux particuliers du système de règlement des différends, compliquent la production de toute œuvre jurisprudentielle à même de combler les lacunes textuelles et faire évoluer le droit.

468. Si les instruments actuels permettent, sans conteste, d'encadrer les pratiques imputables aux acteurs étatiques, le défi posé par la mondialisation des comportements anticoncurrentiels ne se relèvera que par le truchement de leur adaptation aux nouvelles réalités du commerce mondial.

¹¹⁷⁵ Karel VAN MIERT, in Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau multilatéral*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995, p. 3 ; Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, opt. cit., p. 14 ; Jacques SAPIR, opt. cit., p. 19 ; OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 41-43.

TITRE 2 : L'AMÉLIORATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'OMC

469. La présence, dans les accords de l'OMC d'un ensemble de règles et principes concurrentiels, suffit pour expliquer que l'institution multilatérale s'est toujours préoccupée de la problématique de la concurrence et continue encore de le faire. Cependant, l'approche sectorielle et indirecte adoptée jusqu'ici ne convient pas assez aux nouvelles réalités anticoncurrentielles qui procèdent de la mondialisation économique. Les actuelles dispositions sur la concurrence appellent une adaptation ainsi qu'un élargissement, aux fins d'une meilleure prise en compte des comportements des acteurs privés. Le système de règlement des différends aussi nécessite un perfectionnement tant dans sa nature institutionnelle que dans son accessibilité. De tels changements paraissent indispensables, sous peine d'assister à un remplacement des barrières étatiques longtemps combattues à l'OMC, par des entraves d'origine privée¹¹⁷⁶. Le meilleur moyen d'y parvenir consiste dans l'adoption d'un accord multilatéral sur la concurrence et l'intégration des personnes privées dans le système de règlement des litiges (Chapitre 1^{er}). Un tel instrument devra au moins établir un cadre général, fixer quelques règles et principes essentiels de concurrence, et prévoir un mécanisme de contrôle de leur mise en œuvre (Chapitre 2).

¹¹⁷⁶ Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparé – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, opt. cit., p. 124 ; Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 62-64.

CHAPITRE 1 : L'ADOPTION D'UN ACCORD MULTILATÉRAL SUR LA CONCURRENCE ET UNE RÉFORME DE L'ORD

470. La mondialisation des comportements anticoncurrentiels concerne, avant tout, des comportements d'origine privée. Le droit de l'OMC ignorant presque totalement les particuliers, et les portes du système de règlement des différends leur étant fermées, le décalage entre ledit droit et les comportements nécessitant un encadrement est plus que patent. Devant l'impossibilité d'étendre les actuels instruments, la solution passe par la négociation d'un accord multilatéral sur la concurrence qui offre des possibilités de faire face aux questions de concentrations de dimension transfrontière, d'ententes internationales, d'abus de position dominante sur certains marchés colossaux,...etc ; autrement dit, un moyen de régir les situations de concurrence impliquant les agents économiques privés. Prenant appui sur le présent droit rudimentaire de la concurrence constitué de l'ensemble de principes et règles matérielles de concurrence incorporés dans les piliers et divers accords de l'OMC, il permettrait la mise en place d'un droit relativement abouti, en phase avec les nouvelles réalités du commerce mondial. En revanche, il ne saurait suffire, à lui tout seul, pour assurer l'adaptation du cadre de l'institution multilatérale. L'ORD aussi devrait subir une transformation, notamment au niveau de ses techniques de sanction, afin de garantir une application efficiente des dispositions existantes. Par ailleurs, il lui faudra s'ouvrir aux particuliers, ne serait-ce que pour les cas dans lesquels les textes s'adressent à eux de façon directe, comme c'est le cas dans l'Accord sur les ADPIC¹¹⁷⁷, puis envisager une ouverture beaucoup plus générale. En somme, le caractère juridictionnel du mécanisme de règlement des litiges requiert un approfondissement.

471. De telles solutions semblent nécessaires si l'on souhaite mettre un terme au vide juridique et « *institutionnel* » dans le domaine de la concurrence, dont bénéficie bon nombre de sociétés multinationales¹¹⁷⁸. Le fait que celles-ci aient profité de l'environnement créé par la libéralisation des échanges internationaux pour se développer¹¹⁷⁹, et qu'elles

¹¹⁷⁷ Les dispositions s'adressant directement aux particuliers, ont fait l'objet d'une étude détaillée dans la subdivision suivante : B/ L'absence de contrainte dans les rares règles relatives aux comportements d'origine privée : Paragraphe I, section 1, chapitre 1^{er}, titre 1 de la partie 2 du présent ouvrage.

¹¹⁷⁸ Michèle RIOUX, « Culture de la concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 11.

¹¹⁷⁹ Cf. I- Une situation potentielle : Section 1, chapitre 2, titre 1 de la partie 2 du présent ouvrage.

risquent de compromettre les avantages issus de ladite libéralisation¹¹⁸⁰ qui, rappelons-le, désigne l'un des principaux objectifs de l'OMC¹¹⁸¹, suffit pour convaincre l'Organisation multilatérale et ses membres, de l'importance de compléter les dispositions régissant les comportements étatiques, par un accord spécifique envisageant la concurrence de façon globale. Plus que par le passé, la réalisation de l'objectif ainsi mentionné, devrait s'accompagner d'une véritable politique moderne de concurrence¹¹⁸².

472. Si la conclusion d'un accord sur la concurrence désigne une « remorque » idéale permettant au droit de l'OMC d'accrocher le « train » de la mondialisation des comportements anticoncurrentiels (section 1), le mouvement doit nécessairement s'accompagner d'une réforme du système de règlement des différends (section 2).

Section 1 : Un accord OMC sur la concurrence

473. Face aux limites de l'application du principe d'extraterritorialité et l'insuffisance des solutions bilatérales dans le traitement des questions de concurrence de dimension internationale, ainsi qu'à l'impossibilité d'étendre les actuelles règles de l'OMC aux comportements anticoncurrentiels d'origine privée, l'adoption d'un accord multilatéral sur la concurrence représente plus qu'une option. Elle désigne une nécessité. Car, seule la voie collective semble appropriée à l'internationalisation grandissante des problèmes de concurrence, due à la mondialisation des économies.

¹¹⁸⁰ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit. p. 265 ; Richard BLASSELLE, opt. cit., p. 137-138 ; Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 405. Un rapport du groupe de travail sur les liens entre commerce et concurrence reconnaît que les pratiques anticoncurrentielles des entreprises peuvent avoir « *un effet non négligeable sur le commerce et les perspectives de développements des Membres, et par là même aller à l'encontre des objectifs du système commercial multilatéral* » : OMC, *Rapport (2000) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 30 novembre 2000, WT/WGTCP/4, p. 7.

¹¹⁸¹ Cf. Préambule de l'Accord instituant l'OMC ; Lamy Droit Economique, opt. cit., n° 774, p. 248.

¹¹⁸² Selon Monsieur Jean-Marc SIROËN, « *L'examen des affrontements commerciaux récents confirme la nécessaire la mise en cohérence des politiques de la concurrence et des politiques commerciales. Aujourd'hui, les conflits portent moins sur des questions classiques de barrières « officielles » que sur des barrières à l'entrée « privée » parfois considérées comme des obstacles « structurels* » : Jean-Marc SIROËN, art. cit., p. 27 ; Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparé – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, opt. cit., p. 124.

474. Le constat relatif à la nécessité d'un instrument international sur la concurrence est quasiment partagé par l'ensemble de la doctrine¹¹⁸³ et par l'OMC elle-même, qui avait institué un groupe de travail chargé d'étudier l'interaction entre le commerce et la politique de concurrence, avec un objectif d'examen des possibilités d'adoption d'un accord sur la concurrence¹¹⁸⁴. Cependant, le choix de l'Organisation pour accueillir des discussions en vue d'un éventuel accord ne semble pas susciter l'unanimité. Son cadre ainsi que son organe de règlement des litiges, ne paraissent pas pertinents, selon certains auteurs¹¹⁸⁵. Certes, bon nombre des raisons invoquées sont fondées et susceptibles de constituer un obstacle à la réalisation d'un accord OMC sur la concurrence (II). Néanmoins, il n'empêche que plusieurs arguments plaident en faveur de l'adoption d'un tel accord (I).

I – Les arguments en faveur d'un accord multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC

475. L'idée d'envisager l'encadrement de la concurrence internationale par le biais de la conclusion d'un accord impliquant plusieurs États n'est pas nouvelle¹¹⁸⁶. Elle a même été expérimentée dans le cadre d'autres instances multilatérales et a donné lieu à des codes de concurrence à visées incitatives, dépourvues de tout caractère contraignant¹¹⁸⁷. Ce qui plaide en faveur de l'adoption d'une démarche similaire dans le cadre de l'OMC pour deux raisons. D'abord, outre le fait de pouvoir servir de modèles ou d'instruments d'appui en vue de la rédaction d'éventuels textes, ils constituent la preuve concrète que l'idée d'un accord international sur la concurrence désigne une solution réalisable. Ensuite, de par leur côté

¹¹⁸³ V. en ce sens : Andreas HEINEMANN, art. cit., pp. 293-324, spéc. p. 301 et s. ; Nicolas LIGNEUL, opt. cit. p. 215 et s. ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 419 et s. ; Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 19 et s. ; Claude DUCHEMIN, « L'essor du droit international de la concurrence », *Rev. Conc. Cons.*, n° 88, Nov.-Déc. 1995, p. 65 et s. ; Véronique SELINSKY, « Mondialisation et ententes injustifiables », art. cit., p. 359 ; Ulrich IMMENGA, art. cit., p. 409.

¹¹⁸⁴ OMC, opt. cit., WT/MIN(96)/DEC, paragraphe 20, p. 9 ; Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », art. cit., p. 270 ; Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 405.

¹¹⁸⁵ C'est notamment le cas de Monsieur Frank ROMANO, opt. cit., p. 165 et s. ; Frank ROMANO, « Les Accords bilatéraux de coopération en matière d'application des règles de concurrence », art. cit., p. 89.

¹¹⁸⁶ Tel que le souligne Monsieur Andreas HEINEMANN, « *depuis les années 1920, il y a toujours eu des discussions et des propositions pour une solution multilatérale en matière de droit de la concurrence* » : art. cit., p. 30 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 419 ; Emmanuel CLAUDEL, art. cit., p. 416.

¹¹⁸⁷ Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 65-67 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 301-302 ; Alexis JACQUEMIN, art. cit., p. 280-281.

purement incitatif, les codes de concurrence susmentionnés démontrent leur inaptitude à la mondialisation des comportements anticoncurrentiels et justifient, en conséquence, la nécessité d'un accord au sein de l'OMC qui, elle, dispose d'un cadre contraignant. Bénéficiant en sus d'une légitimité due au lien étroit entre commerce et concurrence, ledit cadre s'impose d'autant plus que l'institution multilatérale a grand intérêt à trouver des solutions au risque de captation des avantages de la libéralisation des échanges internationaux par des acteurs privés¹¹⁸⁸. Les bénéfices susceptibles de résulter d'un instrument international sur la concurrence en termes de règlement des difficultés soulevées par l'extraterritorialité, d'assainissement de certains marchés mondiaux, de comblement du relatif vide juridique dans le domaine de la concurrence internationale dont bénéficient les grandes sociétés multinationales, de protection des consommateurs des pays développés comme sous-développés,...etc, représentent des motifs suffisamment valables pour permettre aux États membres de l'Organisation d'en percevoir l'utilité et d'adopter, en conséquence, une attitude ouverte vis-à-vis de négociations portant sur le sujet.

476. Ces divers avantages seront explicités après une présentation des expériences multilatérales menées dans le cadre d'autres instances de coopération internationale, ainsi que de la prise de conscience opérée au sein de l'OMC par rapport à l'extension du domaine de la concurrence.

A/ L'insuffisance des autres solutions multilatérales

477. Dans toute chose, l'expérience peut s'avérer très utile. Et en matière d'accord multilatéral sur la concurrence, une telle expérience existe. Elle est à chercher du côté des autres organisations de coopération multilatérale telles que l'OCDE et la CNUCED¹¹⁸⁹ ; même si l'« ancêtre mort-né » du GATT et de l'OMC, la Charte de la Havane sur l'Organisation Internationale du Commerce (OIC), comportait un chapitre aux allures de code de concurrence¹¹⁹⁰. Il s'agissait précisément de son chapitre V, intitulé « *Pratiques*

¹¹⁸⁸ Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 265-266 ; Jean-Marc SIROËN, art. cit., p. 28-29 ; Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, opt. cit., p. 124.

¹¹⁸⁹ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 301-302 ; Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 65-67 ; Claude Lucas de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, opt. cit., p. 70.

¹¹⁹⁰ V. Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, La Havane, Cuba, du 21 novembre 1947 au 24 mars 1948, Acte final et Documents connexes, avril 1948, E/CONF.2/8 (Document disponible sur le site internet de l'OMC : www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf) ; Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la

commerciales restrictives ». Par le biais de ce texte, l'OIC aurait eu à sa disposition, un droit de la concurrence applicable à la fois aux comportements des entreprises privées ainsi qu'aux mesures étatiques restreignant la concurrence. La prise en compte des deux catégories de comportement s'apercevait dès le premier article du chapitre, qui correspondait à l'article 46 de la Charte. On pouvait notamment y lire que : « *chaque État membre prendra des mesures appropriées et coopérera avec l'Organisation afin d'empêcher les pratiques commerciales – qu'elles soient le fait d'entreprises commerciales privées ou publiques – 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 et où elles font obstacle à ce que soit atteint l'un quelconque des autres objectifs énoncés à l'article premier* »¹¹⁹¹. Les choses étaient donc claires : les parties contractantes avaient bien saisi que la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles imputables aux États ne pouvait être efficace que dans la mesure où celles provenant des acteurs privés subissent également un contrôle strict. Malheureusement, de telles dispositions ne rentrèrent jamais en vigueur, faute de ratification de la Charte par les États les plus puissants, à commencer par les États-Unis¹¹⁹². Cela dit, le contenu de son chapitre IV sur la politique commerciale fut repris par le GATT¹¹⁹³. Véritablement complément du chapitre V, il énonçait des principes et règles substantielles éminemment concurrentiels. C'est à lui que le GATT de 1947 doit des dispositions comme le principe de la nation la plus favorisée ou le principe du traitement national¹¹⁹⁴. Étant toujours en vigueur, de tels principes font actuellement partie des principes fondamentaux de l'OMC¹¹⁹⁵, puisque le GATT de 1994 a repris le texte du GATT de 1947, avec quelques modifications. Si la seule prise en compte des dispositions du chapitre de la Charte de la Havane sur la politique commerciale a procuré au système GATT/OMC les règles concurrentielles que l'on connaît aujourd'hui, alors on perçoit le degré de sophistication relativement élevé du droit de la concurrence prévu par ladite Charte. La tentative avortée et les textes qui ont pu entrer en vigueur désignent tous une expérience

problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 63 ; Benoît MERKT, opt. cit., p. 63 et s.

¹¹⁹¹ Paragraphe 1 de l'article 46 de la Charte de la Havane.

¹¹⁹² Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 66 ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 127.

¹¹⁹³ Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 66.

¹¹⁹⁴ V. articles 16 et 18 de la Charte de la Havane.

¹¹⁹⁵ Pour des développements sur les principes fondamentaux de l'OMC, Cf. *Supra* : Section 1 : Des principes à incidence concurrentielle : Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage ; OMC, *Les principes fondamentaux de l'OMC : le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence*, opt. cit., WT/WGTCP/114.

formidable susceptible, d'une part, de crédibiliser la pertinence actuelle du cadre de l'OMC pour l'encadrement de la concurrence internationale et, d'autre part, de légitimer la conclusion en son sein d'un accord prenant en compte à la fois les comportements étatiques et privés, puisque cela s'inscrit dans la continuité de ce qu'avaient prévu ses prédécesseurs. Analysant les textes sus-évoqués, Monsieur Benoît Merkt relève un constat similaire, soulignant que « *les règles du GATT de 1947 ont été pensées comme devant être complétées par des règles relatives aux restrictions à la concurrence causées par des entreprises privées* »¹¹⁹⁶.

478. Cette expérience de la Charte de la Havane, aussi riche soit-elle, n'en demeure pas moins très ancienne et jamais éprouvée par la réalité. Les initiatives les plus récentes en matière d'accord international sur la concurrence proviennent d'instances multilatérales autres que l'OMC, en l'occurrence l'OCDE et la CNUCED¹¹⁹⁷.

479. D'abord l'OCDE, instrument de coopération réservé aux pays industrialisés, essaie depuis des années, de trouver une approche globale au traitement des questions de concurrence de dimension internationale¹¹⁹⁸. Par le biais d'un certain nombre de recommandations adoptées par son Conseil, ses États membres ont mis en place des mécanismes de coopération multilatérale pour l'application de leurs règles de concurrence¹¹⁹⁹. Évoquées lors de l'étude sur les limites des accords bilatéraux¹²⁰⁰, nous rappelons que ces recommandations font régulièrement l'objet de révision. La dernière en date remonte à septembre 2014¹²⁰¹. La version qui avait cours jusqu'à récemment, c'est-à-dire celle de 1995¹²⁰², a, outre le fait d'avoir inspiré la création de plusieurs accords bilatéraux sur la concurrence¹²⁰³, donné lieu à d'abondantes analyses doctrinales¹²⁰⁴. Il faut dire que son contenu était très intéressant. Mesurant toutes les difficultés que pouvait susciter l'application

¹¹⁹⁶ Benoît MERKT, opt. cit., p. 63 et 67.

¹¹⁹⁷ Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 65-66 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 301-302.

¹¹⁹⁸ Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 65 ; D. GRISAY, art. cit., p. 7.

¹¹⁹⁹ Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparée – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, opt. cit., p. 120.

¹²⁰⁰ V. *supra* : I- Les accords exclusifs sur la concurrence : Section 1, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage

¹²⁰¹ OCDE, *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la Coopération Internationale dans le cadre des Enquêtes et Procédures portant sur des affaires de concurrence*, 16 septembre 2014, C(2014)108.

¹²⁰² OCDE, opt. cit., C(95)130/final.

¹²⁰³ Cf. : I- Les accords exclusifs sur la concurrence : Section 1, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹²⁰⁴ V. en ce sens : Benoît MERKT, opt. cit., p. 303 et s. ; Frank ROMANO, opt. cit., p. 138 ; Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 65 et s. ; John CLARK, « Différences dans les champs d'application et application différenciée des droits de la concurrence », in DGCCRF, *Peut-il exister un droit multilatéral de la concurrence ?*, Atelier de la concurrence du 8 février 1996, Rev. Conc. Cons., n° 93, sept-oct. 1996, pp. 37-38.

extraterritoriale des règles nationales de concurrence, elle proposait aux États membres de l'OCDE d'instaurer entre eux des mécanismes de consultation et de notification de leurs enquêtes et procédures susceptibles d'affecter des intérêts importants d'autres membres, puis de coordonner leurs actions¹²⁰⁵. Loin de se cantonner à la simple invitation à coopération, la recommandation expliquait comment procéder, en proposant des instruments détaillés, lesquels étaient complétés par un appendice sur « les principes directeurs »¹²⁰⁶. La version révisée de 2014 s'inscrit dans la même logique. Tout en maintenant les mécanismes de consultation, de notification des enquêtes et procédures, ainsi que de la coordination des opérations, elle apporte un début de solution à l'un des principaux obstacles qui réduisaient l'efficacité des accords bilatéraux conclus à la suite de l'adoption des diverses recommandations, à savoir l'impossibilité de communiquer les informations confidentielles. Désormais, l'OCDE recommande la communication des informations confidentielles lorsque l'échange d'informations considérées comme non confidentielles et de celles relevant du domaine public, ne permet pas de parvenir à une coopération efficace dans une affaire donnée¹²⁰⁷. Pour ce faire, elle propose l'utilisation de deux outils : les « *dispenses de confidentialité* » et les « *mécanismes de communication des informations* ». Dans le premier cas, il est question d'élaborer des modèles de dispense de confidentialité et de faire leur promotion dans le cadre de la mise en œuvre des règles de concurrence¹²⁰⁸. L'objectif consiste à pousser les individus et les entreprises à renoncer plus facilement à leur droit à la confidentialité au cours des procédures engagées à leur encontre. Dans le deuxième cas, il s'agit d'adopter des dispositions légales habilitant l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence, sans que cela ne nécessite le consentement préalable de la source des informations en question¹²⁰⁹.

480. De telles propositions constituent indéniablement des réponses pertinentes aux difficultés qui surgissent au niveau de la coopération interétatique pour l'encadrement des comportements anticoncurrentiels. Mais on ne saurait attendre de l'OCDE qu'elle règle elle-même lesdites difficultés. Car, si ses recommandations reflètent, comme le souligne Monsieur Claude Duchemin, une « *opinio juris neccessitas écrite* », elles ne bénéficient pas de la « *force des accords internationaux de concurrence en forme simplifiée, et encore moins celle*

¹²⁰⁵ OCDE, opt. cit., C(95)130/final.

¹²⁰⁶ V. : Appendice sur « Principes directeurs pour les notifications, les échanges d'informations, la coopération dans les enquêtes et dans les procédures, les consultations et la conciliation dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux » : OCDE, opt. cit., C(95)130/final.

¹²⁰⁷ OCDE, opt. cit., C(2014)108 : Paragraphe VII, point 5.

¹²⁰⁸ OCDE, opt. cit., C(2014)108 : Paragraphe VII, point 6 et s.

¹²⁰⁹ OCDE, opt. cit., C(2014)108 : Paragraphe VII, point 10 et s.

des traités en forme solennelle »¹²¹⁰. Beaucoup plus catégorique, Monsieur Ulrich Immenga soutient que le système de *soft law* établi dans le cadre de l'OCDE, « *n'est pas efficace* »¹²¹¹. Donc le défaut de contrainte dans les instruments de cette instance, relègue ses textes au rang de source indirecte du droit, laquelle inspire le contenu d'autres textes à portée obligatoire¹²¹². Par ailleurs, du fait de son cadre restreint, l'Organisation ne peut prétendre à l'universalisme ; elle évoque plutôt une sorte de plurilatéralisme¹²¹³. Partant, sa taille et son système de *soft law* ne sauraient convenir dans la perspective d'un accord international sur la concurrence. Parce que la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles n'affecte pas seulement les membres de l'OCDE, mais tous les pays ; et leur répression appelle des réponses contraignantes.

481. En ce qui concerne la CNUCED, elle aussi se veut précurseur en matière d'édition de règles intéressant la concurrence, sauf que cette fois-ci, ce sont les pays en voie de développement qui désignent la cible privilégiée des dispositions¹²¹⁴ ; même si à l'inverse de l'OCDE, l'ONU présente un véritable caractère universel¹²¹⁵. Les rapports ou documents de travail de l'instance en question, n'hésitent d'ailleurs pas à revendiquer que leur code de la concurrence constitue actuellement « *le seul instrument multilatéral en vigueur dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence* »¹²¹⁶. En effet dans une résolution 35/63 du 5 décembre 1980¹²¹⁷, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté un code de conduite sur les pratiques commerciales restrictives, sous la dénomination « Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives », dont l'appellation abrégée est : « l'Ensemble »¹²¹⁸. Conçu dans l'objectif d'éviter que les pratiques commerciales restrictives ne compromettent la réalisation des avantages qui devraient normalement résulter de la libéralisation des échanges¹²¹⁹, le texte énonce d'abord un certain nombre de principes généraux qu'il convient

¹²¹⁰ Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 65. V. également : Claude Lucas de LESSAC et Gilbert PARLEANI, opt. cit., p. 70.

¹²¹¹ Ulrich IMMENGA, art. cit., p. 409.

¹²¹² V. Claude Lucas de LEYSSAC, opt. cit., p. 70.

¹²¹³ Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 65 ; Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 240 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 302.

¹²¹⁴ Claude DECHEMIN, art. cit., p. 65 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion de la *lex economica* », art. cit., p. 172-173 ; Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 240-241.

¹²¹⁵ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 302.

¹²¹⁶ CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF.6/10, p. 4.

¹²¹⁷ Nations Unies, Résolution 35/63. Pratiques commerciales restrictives, 5 décembre 1980, www.un.org/french/documents/view-doc.asp?symbol=A/RES/35/63&Lang=F (consulté le 06/11/2014).

¹²¹⁸ Le texte est reproduit en intégralité in CNUCED, *L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, Nations Unies, Genève, 2000, TD/RBP/CONF/10/Rev.2.

¹²¹⁹ Section A de l'Ensemble, in CNUCED, *L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, opt. cit., p. 9.

d'appliquer¹²²⁰. Il s'agit, entre autres, d'entreprendre une action solidaire aux niveaux national, régional et international aux fins d'éradiquer les pratiques commerciales restrictives générant un effet négatif sur le commerce international ; d'instituer une coopération bilatérale et multilatérale entre les États, ou de la renforcer, le cas échéant ; d'imaginer des mécanismes internationaux et améliorer les instruments existants pour faciliter l'échange d'informations relatives au sujet des pratiques commerciales restrictives ; de développer les consultations multilatérales sur les questions de politiques visant le contrôle des pratiques en question,...etc¹²²¹. Des telles dispositions se résument donc en un ensemble de mesures que doivent prendre les gouvernements tant sur la plan interne, qu'international. Ensuite, l'Ensemble prévoit des dispositions spécifiques à l'intention des entreprises, en prenant soin de préciser qu'elles concernent également les sociétés transnationales¹²²². Selon leurs termes, les entreprises sont tenues, d'une part de respecter la législation sur les pratiques commerciales restrictives en vigueur dans les pays où elles exercent leurs activités, d'autre part de coopérer avec les autorités de pays qui cherchent à contrôler des pratiques commerciales restrictives portant préjudice à leurs intérêts¹²²³. En outre, les dispositions en question spécifient les pratiques à proscrire. Donnant le critère de pratiques qui « *limitent à l'accès aux marchés ou, de toute autre manière, restreignent indûment la concurrence, portant ou risquant de porter préjudice au commerce international* », elles établissent une liste d'exemple de pratiques pouvant être prohibées¹²²⁴. Son contenu évoque les pratiques anticoncurrentielles stricto sensu, notamment les ententes. En effet, on y trouve des accords de fixation des prix, les « *soumissions collusoires* », les accords de partage de marchés et de clientèle,... L'abus de position dominante non plus n'est pas en reste. Il fait l'objet d'un encadrement très détaillé¹²²⁵.

482. Ainsi, sans l'explorer davantage, l'analyse de ces quelques dispositions met en exergue toute la richesse de l'Ensemble. Mais, à l'instar des instruments de l'OCDE, il est

¹²²⁰ Section C de l'Ensemble, in CNUCED, *L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, p. 12.

¹²²¹ Points 1-4, Section C de l'Ensemble, in CNUCED, *L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, opt. cit., p. 12.

¹²²² Section D de l'Ensemble, in CNUCED, *L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, opt. cit., p. 13.

¹²²³ Points 1-2, Section D de l'Ensemble, in CNUCED, *L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, opt. cit., p. 13-14.

¹²²⁴ Point 3, Section D de l'Ensemble, in CNUCED, *L'ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, opt. cit., p. 14.

¹²²⁵ Point 4 Section D de l'Ensemble, in CNUCED, *L'ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, opt. cit., p. 15.

dépourvu d'une force contraignante¹²²⁶. Il se limite donc à instaurer une « *culture de concurrence* » dans le monde, en édictant des règles et principes communs à destination des pays en développement, dans le dessein de leur permettre de se doter d'une législation sur la concurrence¹²²⁷. Autrement dit, le code de la CNUCED ne cherche pas à régir lui-même la concurrence au plan international, mais la promeut en proposant du contenu aux États qui aspirent à rédiger des textes en la matière. L'adoption, en sus du dispositif en question, d'une loi type sur la concurrence à l'intention des pays non développés¹²²⁸, témoigne de cette réalité. Par conséquent, l'instance multilatérale et ses dispositifs juridiques ne sauraient être appropriés pour appréhender les comportements anticoncurrentiels qui affectent les marchés mondiaux actuels.

483. Finalement, la CNUCED et l'OCDE semblent assez similaires et souffrent des mêmes lacunes. Elles œuvrent toutes les deux pour la convergence des règles de concurrence, produisent des textes qui, tout en ne bénéficiant pas de la force obligatoire, servent de modèles à la création de dispositifs beaucoup plus contraignants. Par ailleurs, aucune des deux n'est véritablement universelle : l'une est réservée au groupe restreint des pays développés ; l'autre s'apparente davantage à une institution multilatérale parce que relevant du système des Nations Unies, mais elle est axée sur les pays en développement et les « *pays industrialisés l'évitent* »¹²²⁹. Partant, la situation représente un double avantage en faveur d'un accord OMC sur la concurrence. En effet, elle démontre d'un côté que dans le contexte actuel d'interconnexion des économies, seule une organisation à vocation universelle englobant toutes les catégories de pays, développés comme sous-développés, peut convenir. D'un autre côté, elle révèle, outre la faisabilité sur le plan technique ainsi que l'existence de modèles, la nécessité de négocier l'accord dans un cadre contraignant.

484. Un autre argument militant en faveur de l'adoption d'un tel accord réside dans ce que l'on peut qualifier de « prise de conscience » de l'OMC par rapport au sujet de la concurrence.

¹²²⁶ Benoît MERKT, *opt. cit.*, p. 150 ; Andreas HEINEMANN, *art. cit.*, p. 302 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », *art. cit.*, p. 173.

¹²²⁷ Claude DUCHEMIN, *art. cit.*, p. 65 ; CNUCED, *opt. cit.*, TD/RBP/CONF.6/10, p. 4.

¹²²⁸ CNUCED, *Loi type sur la concurrence*, Nations Unies, New York et Genève, 2010, TD/RBP/CONF.7/8.

¹²²⁹ Emmanuelle CLAUDEL, *art. cit.*, p. 417.

B/ La prise de conscience opérée au sein de l'OMC

485. L'expression « prise de conscience » peut paraître forte quand on sait que depuis la tentative avortée de la charte de la Havane, les discussions sur un droit de la concurrence au niveau international n'ont jamais vraiment disparu des chantiers de l'organisation multilatérale responsable du commerce mondial¹²³⁰. Mais les tentatives menées ont été vaines jusqu'à la première Conférence ministérielle de Singapour¹²³¹. Tenue du 9 au 13 décembre 1996, elle a vu les ministres des différents États membres de l'OMC se mettre d'accord et décider la création d'un « *groupe de travail chargé d'étudier les questions soulevées par les Membres au sujet de l'interaction du commerce et de la politique en matière de concurrence, y compris les pratiques anticoncurrentielles, afin de déterminer les domaines qui pourraient être examinés plus en avant dans le cadre de l'OMC* »¹²³². Un pas est donc franchi : l'imbrication des liens entre commerce et concurrence obtient une consécration officielle ; les esprits intègrent davantage que la réalisation des objectifs du premier passe un encadrement strict de la seconde. Si une telle décision ne marque pas un tournant, elle désigne au moins une étape cruciale. Les représentants des États membres ont ainsi perçu le danger lié au déficit d'encadrement des pratiques anticoncurrentielles dans un contexte de mondialisation et la nécessité d'une extension des actuelles règles de concurrence de l'institution multilatérale, éventuellement à travers l'adoption d'un dispositif spécifique. Cela dit, le besoin d'approfondissement du domaine de la concurrence ne s'est pas imposé de lui-même. Il a été ressenti suite à l'insistance de la Communauté européenne qui, dans une communication du 18 juin 1996¹²³³, avait proposé que l'OMC établisse un groupe de travail chargé d'examiner les secteurs du droit de la concurrence dans lesquels un consensus peut être obtenu¹²³⁴. La communication s'appuie, à son tour, sur les propositions d'un rapport¹²³⁵ rédigé par un groupe d'experts indépendants à qui Monsieur Karel Van Miert, alors commissaire européen en charge de la politique de la concurrence, avait demandé de réfléchir sur les orientations que pourrait adopter l'Europe afin de faire face aux défis posés en matière

¹²³⁰ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 303.

¹²³¹ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 303.

¹²³² OMC, opt. cit., WT/MIN(96)/DEC, p. 9, paragraphe 20.

¹²³³ Communication de la Commission, 18 juin 1996, *Vers l'établissement d'un cadre international de règles de concurrence*, COM(96)284 final.

¹²³⁴ D. GRISAY, art. cit., p. 8 ; Pierre ARHEL, « Droit international de la concurrence, s'orienté-t-on vers des négociations ? », art. cit., p. 84.

¹²³⁵ Le rapport est reproduit in Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 6-67.

de concurrence par la mondialisation économique¹²³⁶. C'est dans le prolongement des recommandations formulées par le rapport, à savoir l'incitation des pays ou groupements régionaux à se doter d'une législation sur la concurrence et la création d'un accord plurilatéral sur la matière¹²³⁷, que la Communauté européenne va défendre l'établissement d'un groupe de travail au sein de l'OMC¹²³⁸. Sa démarche générera un effet catalyseur. Avec la concrétisation de la proposition, les États membres de l'Organisation intériorisent l'idée qu'il faille s'intéresser davantage à la question de la concurrence, que l'approche sectorielle et indirecte paraît peu adaptée aux pratiques anticoncurrentielles d'origine privée, et qu'il serait préférable de la compléter par un texte spécifique.

486. Réuni pour la première fois en juillet 1997¹²³⁹, le groupe de travail de l'OMC centre ses activités autour de quatre thèmes, en se basant sur une liste récapitulative de questions à examiner que son président a dressée en tenant compte des suggestions émises par les différentes délégations¹²⁴⁰. Passant en revue toutes les questions pertinentes telles que les ententes, les abus de position dominante ou encore le contrôle des concentrations¹²⁴¹, il se focalise néanmoins sur les ententes injustifiables¹²⁴². Le groupe rend annuellement des rapports très instructifs¹²⁴³. Ses travaux ont été fructueux, car lors de la quatrième Conférence ministérielle tenue du 9 au 14 novembre 2001 à Doha, au Qatar, les membres de l'organisation ont convenu d'entamer des négociations visant à mettre en place un cadre multilatéral dans le domaine de la politique de la concurrence¹²⁴⁴. La déclaration finale adoptée à l'issue de la rencontre énonce expressément que, « *reconnaisant 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 la nécessité d'une assistance*

¹²³⁶ Karel VAN MIERT, in Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 4.

¹²³⁷ V. Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 15-26, spéc. p. 19 et p. 25-26.

¹²³⁸ D. GRISAY, art. cit., p. 8.

¹²³⁹ OMC, *Rapport annuel 1998*, opt. cit., p. 88.

¹²⁴⁰ OMC, *Rapport (1997) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 28 novembre 1997, WT/WGTCP/1, p. 1. La liste récapitulative est reproduite à l'annexe 2 du présent rapport.

¹²⁴¹ Cf. OMC, opt. cit., WT/WGTCP/2 ; OMC, opt. cit., WT/WGCP/3 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/4 ; Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », art. cit., p. 270-271 ; Benoît MERKT, opt. cit., p. 160.

¹²⁴² Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », art. cit., p. 271.

¹²⁴³ Il a rendu au total sept rapports annuels : OMC, opt. cit., WT/WGTCP/1 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/2 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/3 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/4 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/5 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6 ; OMC, *Rapport (2003) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 17 juillet 2003, WT/WGTCP/7.

¹²⁴⁴ V. OMC, Déclaration ministérielle de Doha, 20 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, p. 6.

technique et d'un renforcement des capacités accrues dans ce domaine ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 24, nous convenons que des négociations auront lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations »¹²⁴⁵. Le passage traduit sans conteste le franchissement d'un cap. Ainsi, pour la première fois, il est officiellement reconnu dans l'enceinte de l'OMC, l'existence de raisons valables pour négocier et conclure un accord multilatéral sur la concurrence¹²⁴⁶. Le progrès est saluaire puisque jusqu'à une période très récente, le principe même d'un accord de cette nature demeurait une question très controversée¹²⁴⁷. Les critiques ne se sont d'ailleurs jamais estompées, du moins en ce qui concerne la doctrine. Effectivement, tel que souligné à plusieurs reprises dans la présente thèse, des auteurs continuent de défendre l'inadéquation du cadre de l'OMC pour accueillir des discussions sur un éventuel accord sur la concurrence¹²⁴⁸. Quelles que soient les positions doctrinales en la matière, les décideurs ont exprimé leur volonté d'envisager des négociations sur le sujet et inscrit la concurrence dans la liste des questions à examiner pour la cinquième Conférence ministérielle¹²⁴⁹. Organisée à Cancun, au Mexique, du 10 au 14 septembre 2003, cette rencontre désignait donc celle dont dépendait l'ouverture d'une négociation officielle¹²⁵⁰. Malheureusement, pour cause de mauvaise préparation de la conférence¹²⁵¹, mais surtout du blocage suscité par le dossier relatif à l'agriculture¹²⁵², les « sujets de Singapour », c'est-à-dire la concurrence, l'investissement, la transparence des pratiques de passation des marchés publics et la facilitation des échanges, n'ont pu échapper au sort général réservé à la rencontre¹²⁵³. Ayant connu un échec retentissant qui a failli remettre en cause l'existence même de l'institution multilatérale¹²⁵⁴, elle n'a permis aucune avancée sur lesdits sujets, les États étant globalement restés campés sur leurs

¹²⁴⁵ OMC, opt. cit., WT/MIN(01)/DEC/1, p. 5, paragraphe 23.

¹²⁴⁶ Markus PALLEK, art. cit., p. 154.

¹²⁴⁷ Markus PALLEK, art. cit., p. 154.

¹²⁴⁸ V. Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 67 ; Pierre ARHEL, « Droit international de la concurrence, s'orientet-on vers des négociations ? », art. cit., p. 87.

¹²⁴⁹ OMC, opt. cit., WT/MIN(01)/DEC/1, p. 5, paragraphe 23.

¹²⁵⁰ Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 26 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 303.

¹²⁵¹ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 303.

¹²⁵² Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 26.

¹²⁵³ Markus PALLEK, art. cit., p. 154 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 303 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 26.

¹²⁵⁴ Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 26.

positions¹²⁵⁵. Les blocages étaient tellement importants qu'ils n'ont pu être masqués par les formules de politesse employées dans la Déclaration ministérielle adoptée à l'issue de la rencontre. Se résumant en une seule page, elle s'efforce de trouver des points positifs en soulignant que « *de fait* », des « *progrès considérables* » ont été accomplis, mais elle ne pouvait occulter l'évidence¹²⁵⁶. Reconnaisant que les membres doivent encore réaliser beaucoup de travail dans des domaines clés afin d'évoluer vers la conclusion des négociations d'une manière qui permette le respect des engagements pris à Doha, elle énonce qu'une instruction est faite aux « *représentants de continuer à travailler sur les questions en suspens avec un sens de l'urgence et une motivation renouvelés* »¹²⁵⁷. À travers ce langage diplomatique, les États constatent l'échec de la rencontre de Cancun et chargent leurs représentants permanents de poursuivre les travaux dans l'espoir d'obtenir une avancée lors des prochaines réunions.

487. Ainsi, du fait de ce blocage, la négociation officielle espérée sur les sujets de Singapour n'aura finalement pas lieu. La concurrence devient à nouveau un sujet moins prioritaire. L'OMC se fait discrète et évite d'engager des chantiers susceptibles d'être perçus comme une recherche d'extension de ses pouvoirs. Il faut dire que les mouvements altermondialistes contestant sa légitimité gagnent de l'ampleur et arrivent à occuper l'actualité médiatique lors de ses sommets. Les manifestations, parfois gigantesques, qu'ils organisent à l'extérieur des lieux de déroulement des conférences ministérielles trouvent souvent écho et compliquent les travaux des représentants.

488. La tendance à la discrétion et au recentrage se confirme avec la suspension complète des travaux du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence. En effet, par une décision du 1^{er} août 2004, le Conseil général de l'OMC annonce que les questions relatives aux liens entre commerce et investissement, à l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, ainsi qu'à la transparence des marchés publics, sont désormais exclues du programme de travail du cycle de Doha ; que par conséquent, pendant toute la durée du cycle, il n'y aura plus de travaux en vue de négocier sur ces questions¹²⁵⁸. En dépit de l'immense tâche effectuée par le groupe de travail et du chemin parcouru vers un dispositif multilatéral sur la concurrence, la présente décision le met « en

¹²⁵⁵ Markus PALLEK, art. cit., p. 154 ; OMC, « Impasse à Cancun : septembre 2003 », www.wto.org/french/tratop_f/agric_negs_bkgrnd22_cancun_f.htm (consulté le 20/11/2014).

¹²⁵⁶ OMC, Communication ministérielle de Cancun, 23 septembre 2003, WT/MIN(03)/20.

¹²⁵⁷ OMC, opt. cit., WT/MIN(03)/20, paragraphes 3-4.

¹²⁵⁸ OMC, opt. cit., WT/L/579, p. 4.

sommeil » et avec lui, l'idée d'une négociation visant la conclusion d'un accord sur la matière. La bonne nouvelle réside dans le fait que le Conseil ne ferme pas totalement les portes. S'agissant uniquement d'une suspension, les travaux pourraient éventuellement reprendre dès l'achèvement du cycle de Doha ; d'autant plus que la mondialisation économique continuera de rappeler la nécessité de leur poursuite. Pour l'instant, l'important se trouve dans l'acceptation de l'idée en soi d'un texte multilatéral sur la concurrence dans le cadre de l'OMC. Quand bien même il resterait encore du chemin à parcourir, l'idée est présente dans les têtes. Et c'est un pas essentiel de gagné. Car, comment concevoir une mesure de cette nature si les esprits ne sont pas prêts ? La prédisposition à envisager des négociations désigne certainement un argument favorable à la création d'un accord OMC sur la concurrence. D'autres raisons, certaines beaucoup plus urgentes, militent en faveur d'une telle démarche.

C/ Les arguments divers

489. La règle de droit répondant toujours ou presque à un besoin, la meilleure façon d'apprécier l'existence d'arguments favorables à une intervention normative consiste à s'interroger sur les raisons objectives d'une telle intervention et l'intérêt qu'elle présente. L'approche semble même indispensable dans le domaine conventionnel, où les créateurs de normes sont aussi les destinataires. Effectivement, pour que les États soient enclins à conclure un accord international, il leur faut outre les raisons justifiant la conclusion de l'accord, un certain intérêt subjectif. Et en matière de concurrence internationale, les raisons appelant l'adoption d'un accord OMC ne manquent pas. De surcroît, toutes les catégories de pays, développés comme en voie de développement, y ont un intérêt spécifique.

490. D'abord concernant les raisons, l'une des principales repose sur le risque de remplacement des barrières étatiques combattues de longues dates dans le cadre de l'OMC, par des barrières privées¹²⁵⁹. La technique de la libéralisation des échanges en s'en prenant uniquement aux comportements anticoncurrentiels des États, ne suffit plus. À l'heure actuelle,

¹²⁵⁹ Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparé – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, opt. cit., p. 124 ; Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 62-65 ; Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », art. cit., p. 265 ; Richard BLASELLE, opt. cit., p. 137-138.

les entreprises privées, notamment certaines sociétés multinationales, détiennent une puissance considérable qui leur permet d'ériger des barrières à l'entrée de marchés à dimension mondiale. Les exemples dans les secteurs de l'informatique, de l'internet, de la finance, traités dans le cadre du précédent titre, en constituent la preuve concrète¹²⁶⁰. Face à l'impossibilité d'étendre les textes existants et si l'organisation multilatérale ainsi que ses membres souhaitent éviter la confiscation des avantages susceptibles de résulter de la libéralisation des échanges, ils se trouvent dans l'obligation de négocier un accord sur la concurrence. Car seul un texte spécifique peut remédier aux lacunes de l'approche sectorielle du présent droit relatif à la matière, en régissant des branches non couvertes jusqu'ici, comme les ententes injustifiables, le contrôle des concentrations de dimension internationale, les abus de position dominante sur des grands marchés. L'intervention normative paraît d'autant plus indispensable que les actuels accords comportant des dispositions concurrentielles souffrent d'une relative vulnérabilité, due au fait que les États-Unis ont clairement exprimé leur « *intention de s'en retirer du jour où leur application leur paraîtra contraire aux intérêts américains* »¹²⁶¹. L'on peut légitimement s'interroger sur la garantie qu'ils ne feraient pas de même avec un nouvel accord. Au fond, les choses ne sont pas tout à fait comparables. Les textes en question désignent, avant tout, des accords commerciaux ; ils contiennent des règles sur la concurrence mais leur objet principal ne repose pas sur cette dernière. Il n'existe ainsi nul doute que les États les ont signés pour la finalité commerciale. Par conséquent, cela semble compréhensible qu'ils veuillent les dénoncer à partir du moment où la mise en œuvre des dispositions concurrentielles contrevient à leurs intérêts. Avec un accord spécifique, une telle situation ne risque pas de se présenter, en ce sens que l'objet principal consistera en l'encadrement de la concurrence. Donc, s'il parvient à susciter l'adhésion des États, il sera certainement moins précaire que les actuels textes.

491. Hormis le risque de compromission des avantages de la libéralisation des échanges, l'accord multilatéral sur la concurrence désigne, sinon l'unique moyen, au moins l'un des dispositifs les plus efficaces pour à la fois surmonter les difficultés relatives à l'application extraterritoriale des législations nationales et combler les limites des solutions bilatérales dans l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles internationales. Il représente également la seule option crédible, capable de mettre un terme au déficit juridique et

¹²⁶⁰ Cf. Chapitre 2 : Les difficultés d'application du droit de l'OMC dans un contexte de mondialisation : Titre 1 de la Partie 2 du présent ouvrage.

¹²⁶¹ Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparé – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, opt. cit., p. 127.

institutionnel dont bénéficient les entreprises multinationales en matière de concurrence sur le plan international¹²⁶².

492. En ce qui concerne maintenant l'intérêt d'un accord OMC sur la concurrence : il relève de l'évidence que de souligner que les États et les agents économiques privés n'ont pas forcément les mêmes intérêts, ensuite qu'au sein des premiers, du fait de la disparité entre les niveaux de développement économique, il existe souvent des divergences d'intérêt. Néanmoins, la création d'un cadre multilatéral sur la concurrence présente un intérêt spécifique pour chacun de ces trois groupes. Ce qui constitue un argument formidable pour convaincre les uns à négocier et les autres, à soutenir le projet.

493. Les pays en développement ont intérêt à être favorables à la conclusion d'un texte spécifique puisqu'ils correspondent en quelque sorte aux « victimes sans défense » de la mondialisation des comportements anticoncurrentiels. Avec une puissance politique et économique limitée, ainsi qu'un arsenal juridique moins sophistiqué, ils ne font pas individuellement le poids face aux grands de sociétés multinationales. Les travaux du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence ont révélé, par exemple, qu'ils étaient beaucoup plus affectés par les ententes internationales qu'on ne le pensait, d'où un risque de compromission de leurs perspectives de développement¹²⁶³. Les États en question ne sont d'ailleurs pas dupes. Ils ont bien conscience de la vulnérabilité de leurs économies vis-à-vis de pratiques anticoncurrentielles venant de toute part et intégré l'idée que l'ouverture de leurs marchés nationaux doit s'accompagner de règles multilatérales encadrant la concurrence. C'est ainsi qu'ils ont été à l'origine de l'insertion de dispositions sur la concurrence dans l'Accord sur les ADPIC¹²⁶⁴. Étant donc favorables à une distillation de telles règles dans les instruments multilatéraux de l'organisation responsable du commerce mondial, les pays en développement ne devraient pas *a priori* être hostiles à la conclusion d'un accord spécifique renforçant l'approche. Ils le seraient encore moins qu'elle leur offre la possibilité d'éviter l'enfermement dans le bilatéralisme, technique accentuant la probabilité de

¹²⁶² Pour des développements sur le vide juridique en faveur des multinationales, V. : Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 11-12.

¹²⁶³ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/191, p. 3.

¹²⁶⁴ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 297 ; Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », art. cit., p. 275.

voir « *les pays industrialisés plus puissants imposer leurs normes* » et « *aboutir à l'exclusion des pays les plus faibles* »¹²⁶⁵.

494. Pour les pays développés, outre le fait qu'ils sont les premiers exposés à la mondialisation des comportements anticoncurrentiels car pourvus des entreprises et des marchés les mieux intégrés dans l'économie mondiale, donc beaucoup plus interdépendants, la conclusion d'un accord multilatéral sur la concurrence présente un intérêt supplémentaire en ce qu'elle désigne un moyen d'atténuer la « *confrontation bilatérale* »¹²⁶⁶. En effet, malgré l'adoption de traités bilatéraux pour faciliter l'application de leurs législations nationales dans le domaine de la concurrence, il suffit qu'un État partenaire essaie de réprimer les agissements anticoncurrentiels de certaines grandes entreprises ressortissantes d'un autre État partenaire, pour que l'affaire tourne à l'affrontement commercial¹²⁶⁷. Nous pensons notamment aux deux partenaires commerciaux qui se sont le plus illustrés en la matière, à savoir les États-Unis et l'Union européenne¹²⁶⁸. Les Européens ont déjà manifesté leur intérêt en faveur d'un instrument multilatéral au sein de l'OMC. Comme souligné en début de chapitre, c'est suite à une proposition émanant de leur part, que les membres de l'organisation ont créé un groupe de travail chargé de réfléchir sur les liens entre commerce et concurrence, avec une perspective d'élaboration d'un éventuel texte sur la question. Si un bloc économique représentant vingt-huit pays développés trouve un intérêt dans une telle approche, alors d'autres entités à économies similaires devraient logiquement en avoir aussi. L'argument de l'alternative à un affrontement bilatéral continu entre partenaires commerciaux importants pourrait, par exemple, convaincre un pays tel que la Chine, nouvelle grande puissance économique, de s'aligner sur la position européenne et éviter, à son tour, l'enfermement dans un face-face avec d'autres entités économiquement fortes. Cette dernière s'est d'ailleurs déclarée favorable à la poursuite des travaux sur la concurrence entrepris dans le cadre de l'OMC¹²⁶⁹. Le raisonnement vaut également pour les États-Unis.

495. Quant aux entreprises, les avantages procurés par le statu quo ne doivent pas faire oublier qu'elles ont un grand intérêt à ce que soit conclu au un niveau international, un

¹²⁶⁵ Alexis JACQUEMIN, art. cit., p. 280.

¹²⁶⁶ Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 21.

¹²⁶⁷ Cf. Chapitre sur les insuffisances des accords bilatéraux : Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹²⁶⁸ Cf. B/ Les risques de conflits politiques : Paragraphe II, Section 2, Chapitre 1, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹²⁶⁹ François SOUTY, « Droit et politique de la concurrence dans le monde chinois en République Populaire de Chine, à Hong-Kong et à Taiwan », *Monde chinois*, 2004, N° 1, p. 65, in Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 28.

accord global régissant la concurrence. De la possibilité de limitation des risques de décisions divergentes, à la probabilité d'abaissement du nombre de procédures de notification en cas de concentration de dimension internationale¹²⁷⁰, les avantages ne manquent pas. Et les gains en termes de temps ainsi que de coûts pour les entreprises, paraissent plus qu'évidents. Celles-ci l'ont d'ailleurs bien saisi : loin de se satisfaire du contexte d'éclatement législatif qui les arrange plutôt à bien des égards, elles sont les premières à solliciter une harmonisation des « *cadres juridiques nationaux* »¹²⁷¹. Un accord multilatéral sur la concurrence présente donc toutes les chances de susciter leur approbation. En tant qu'acteurs majeurs du commerce international, la position des entreprises, notamment les multinationales, ne relève pas du détail, car la puissance économique qu'elles détiennent leur permet d'exercer une pression sur les États et de peser sur le cours des décisions. Par conséquent, le fait que leurs aspirations se tournent vers une harmonisation des législations nationales dans le domaine de la concurrence, augmente forcément la probabilité de réalisation d'un accord OMC sur la question.

496. Les arguments militant en faveur de la création d'un cadre multilatéral sont ainsi nombreux et tout aussi pertinents. Intéressons-nous maintenant aux éventuels obstacles, afin de savoir s'ils sont insurmontables ou pas.

II – Les obstacles à la conclusion d'un accord OMC sur la concurrence

497. Que la nécessité de création d'un texte international sur la concurrence soit vérifiable de façon objective, que celui-ci présente un intérêt à la fois pour les acteurs du commerce international et les États, ne constituent en rien une garantie d'ouverture de négociations sur la question, tant d'autres éléments sont susceptibles de provoquer la réticence des membres de l'OMC. Le premier est d'abord d'ordre doctrinal. En effet, même au sein des auteurs convaincus de la pertinence du cadre de l'organisation pour traiter de la concurrence, d'aucuns pensent que ses actuelles règles suffiraient largement et qu'il ne serait

¹²⁷⁰ Sur les obligations de notification pesant sur les entreprises en cas de fusion internationale ainsi que leur coût important, V. Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 295 ; Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 12.

¹²⁷¹ Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 11-12.

point indispensable d'en conclure d'autres¹²⁷². Ne les nommant pas précisément, Monsieur Nicolas Ligneul soutient que les partisans d'une telle thèse invoquent principalement à l'appui de leur raisonnement, l'article XXIII du GATT de 1947 ainsi que d'autres dispositions qui ont fait l'objet de longs développements dans le cadre de la première partie du présent ouvrage¹²⁷³, à savoir l'article 9 de l'AGCS, les articles 38 et 40 de l'Accord sur les ADPIC, l'article IX de l'Accord MIC, ...etc.¹²⁷⁴. Selon lui, les auteurs en question partent du constat que ledit article XXIII offre la possibilité à chaque partie contractante d'enclencher le mécanisme de règlement des différends à partir du moment où elle estime qu'un avantage résultant pour elle du GATT se trouve compromis, puis du fait que le mécanisme est applicable même en l'absence d'une possibilité d'invocation d'une disposition spécifique de l'accord général, pour déduire qu'il pourrait éventuellement s'appliquer en présence d'une pratique anticoncurrentielle commise par une entreprise¹²⁷⁵. Critiquant le raisonnement, Monsieur Ligneul souligne que l'article XXIII du GATT n'a pas été édicté dans le dessein de « régir les relations internationales de concurrence entre entreprises », sinon il n'aurait pas été envisagé « au même moment d'adopter la Charte de la Havane et ses dispositions relatives aux pratiques restrictives des entreprises » ; qu'en conséquence, toute application entre entreprises à des domaines s'éloignant du commerce de marchandises relèverait d'un « détournement manifeste de la volonté » des États parties¹²⁷⁶. Sans avoir besoin d'adhérer totalement à la dernière idée, l'application indirecte du système de règlement des différends dont les limites ont été mises en exergue à maintes reprises dans la présente thèse, nous conduit à nous aligner sur cette position qui reconnaît l'insuffisance des dispositions actuelles pour appréhender correctement les comportements anticoncurrentiels au niveau international et milite en faveur du renforcement de l'arsenal juridique de l'OMC. Ce qui n'épuise pas autant le sujet, car un autre élément doctrinal subsiste. Il concerne la position qui remet en cause la pertinence en soi du cadre de l'organisation multilatérale pour accueillir un accord sur la concurrence.

498. Ainsi, outre le calibrage pour s'occuper plus des États que des personnes privées, que les actuelles règles visent principalement les comportements des premiers alors que les atteintes à la concurrence internationale représentent pour l'essentiel l'œuvre

¹²⁷² Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 228.

¹²⁷³ Cf. Chapitre 1^{er} : La présence d'un ensemble de règles de concurrence hétérogènes : Titre 2, Partie 1 de la présente thèse.

¹²⁷⁴ Nicolas LIGNEUL, opt. cit., 229.

¹²⁷⁵ Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 229.

¹²⁷⁶ Nicolas LIGNEUL, opt. cit., p. 229.

d'entreprises privées¹²⁷⁷, il est reproché à l'OMC son hétérogénéité¹²⁷⁸. À cause de la diversité et de la multiplicité des États parties, d'aucuns doutent de la possibilité de parvenir un jour à accord multilatéral sur la concurrence¹²⁷⁹. Il faut dire que dans une enceinte où se côtoie presque l'ensemble des pays présents sur la planète, avec des disparités importantes de niveau de développement économique et une culture de la concurrence non ancrée de la même manière, certains bénéficiant d'une longue tradition mêlée à la présence d'instruments juridiques sophistiqués en la matière¹²⁸⁰, tandis que d'autres ne disposent même pas de législations régulant la concurrence et ne paraissent pas assez imprégnés d'une telle culture¹²⁸¹, le doute quant au fait que tous les protagonistes puissent se mettre d'accord et adopter un texte dans le domaine, semble légitimement permis. Cependant, l'obstacle n'est pas insurmontable. En effet, comme l'économie de marché a gagné quasiment tous les États et qu'elle va de pair avec la concurrence, alors malgré l'hétérogénéité des membres de l'organisation, il existe de réelles chances qu'ils soient dans leur intégralité, réceptifs à une sensibilisation relative à la création d'un éventuel instrument international sur la concurrence. En guise d'illustration, nous pouvons citer le cas de la Chine, un État officiellement communiste qui souhaite que les autres membres de l'OMC lui reconnaissent le « statut d'économie de marché »¹²⁸². Disposant d'un droit de la concurrence¹²⁸³, elle a manifesté, comme souligné auparavant, une volonté en faveur d'une poursuite des travaux du groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la concurrence¹²⁸⁴.

499. Le caractère multiple et hétérogène des pays représentés à l'organisation ne constitue donc pas un obstacle infranchissable. C'est peut-être d'ailleurs la raison pour laquelle il s'accompagne toujours d'un autre argument, à savoir le risque d'aboutissement à

¹²⁷⁷ Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 81 ; Cf. I- Un droit ignorant les acteurs économiques privés : Section 1, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 2 du présent ouvrage.

¹²⁷⁸ Pierre ARHEL, « Droit international de la concurrence, s'orientent-ils vers des négociations ? », art. cit., p. 87 ; Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 417 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 498 et s.

¹²⁷⁹ Pierre ARHEL, « Droit international de la concurrence, s'orientent-ils vers des négociations ? », art. cit., p. 87 ; Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 417.

¹²⁸⁰ C'est le cas notamment de la majorité des pays développés.

¹²⁸¹ V. Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 7 ; Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 25.

¹²⁸² *Journal Le Monde*, édition du samedi 29 octobre 2011, N° 20768, p. 14.

¹²⁸³ François SOUTY, « Droit et politique de concurrence en République Populaire de Chine, à Hong-Kong et à Taïwan », art. cit., p. 65. Pour des informations récentes sur la pratique du droit de la concurrence en Chine, V. : François SOUTY, « Les firmes occidentales face à l'antitrust en Chine », *Magazine Alternatives Economiques*, décembre 2014, N° 341, pp. 76-77.

¹²⁸⁴ Cf. *Supra*.

un accord portant sur le « *plus petit dénominateur commun* »¹²⁸⁵. Mais le risque semble surestimé. Analysant l'argument, qui a été opposé par exemple à la proposition de la Communauté européenne, Monsieur Pierre Arhel estime que les craintes ne sont pas fondées, dans la mesure où l'accord envisagé ne cherche pas à substituer des règles internationales aux droits nationaux de concurrence ; il vise simplement la création d'un cadre international de règles concurrentielles destiné à assurer une application efficace des législations de concurrence des États membres¹²⁸⁶.

500. Au-delà de ces obstacles, d'autres motifs ayant trait à l'attitude des États, peuvent encore entraver le chemin vers un accord OMC sur la concurrence. Bien qu'ayant tous un intérêt certain dans sa conclusion, les pays en développement comme les pays développés, font montre d'une réticence plus ou moins relative à l'idée d'ouvrir des négociations sur le sujet¹²⁸⁷. N'ayant pas élaboré pour la plupart d'entre eux de législations sur la concurrence, les premiers ne considèrent pas la question comme une priorité¹²⁸⁸. Ils l'ont exprimé à la veille de la Conférence ministérielle de Cancun, en s'opposant à l'ouverture d'une quelconque négociation allant dans ce sens¹²⁸⁹. Les pays en développement doutent de l'opportunité d'un tel instrument ainsi que de la nécessité d'une politique interne de concurrence, et mettent l'accent sur les coûts importants que générerait leur mise en œuvre¹²⁹⁰. Leur attitude traduit une crainte de se voir imposer un texte susceptible de provoquer à terme une uniformisation des droits nationaux en matière de concurrence, sans réelle prise en considération de leurs spécificités et surtout de leur besoin de développement¹²⁹¹. Autrement dit, ils ont peur qu'un « *cadre multilatéral relevant de l'OMC ne soit utilisé comme moyen d'obtenir un accès accru [à leurs] marchés* »¹²⁹². Il est vrai qu'en

¹²⁸⁵ Emmanuelle CLAUDEL, art. cit., p. 417 ; Pierre ARHEL, « Droit de la concurrence, s'orienté-t-on vers des négociations ? », art. cit., p. 87.

¹²⁸⁶ Pierre ARHEL, « Droit de la concurrence, s'orienté-t-on vers des négociations ? », art. cit., p. 87.

¹²⁸⁷ Habib KAZZI, opt. cit., p. 497 et s. ; Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », art. cit., p. 274-276.

¹²⁸⁸ Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 25 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/7, p. 6 ; Benoît MERKT, opt. cit., p. 166-167.

¹²⁸⁹ Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », art. cit., p. 274-275.

¹²⁹⁰ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/7, p. 6 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 499 ; Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 7.

¹²⁹¹ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/7, p. 5-6 ; Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 7 ; CNUCED, *Examen de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble*, opt. cit., p. 8.

¹²⁹² CNUCED, *Examen de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble*, opt. cit., p. 8.

dépôt des garanties énoncées dans la déclaration ministérielle de Doha¹²⁹³, plusieurs questions restent en suspens. Par exemple, bon nombre de pays en développement souhaiteraient voir le traitement spécial et différencié figurer parmi la liste des principes fondamentaux d'un éventuel accord OMC sur la concurrence, tandis que les pays développés y sont résolument défavorables¹²⁹⁴. Eu égard au rôle stratégique que peut jouer la politique de concurrence dans la conduite d'une politique économique globale, l'on comprend alors aisément que les représentants des pays pauvres redoutent une diminution de leurs marges de manœuvre, laquelle ralentirait davantage leur processus de développement. Une telle position n'est pas forcément spécifique à la matière concurrentielle. Elle est liée à « *l'inégalité des ressources* », qui rend « *de fait la représentation des petits pays souvent déficiente, incapables de défendre adéquatement leurs intérêts* », puis provoque en conséquence une résistance de ces derniers à « *tout accroissement, au-delà des questions purement commerciales, du mandat de l'OMC* »¹²⁹⁵.

501. La réticence des pays en développement vis-à-vis de la conclusion d'un accord multilatéral sur la concurrence s'apparente donc plus à une posture, dictée par la crainte de ne pas pouvoir défendre correctement leurs intérêts lors des négociations et d'être écrasés par les pays développés. L'obtention d'une garantie assurant la prise en compte de leurs spécificités ainsi que leur besoin de développement, suffira sans doute à les convaincre d'adhérer entièrement à l'idée. Car comme déjà indiqué, ils ne sont pas foncièrement hostiles à une approche globale de la concurrence et l'ont démontré lors de la négociation de l'Accord sur les ADPIC¹²⁹⁶.

502. Concernant maintenant la réticence des pays développés : elle a trait au fait qu'eux non plus ne sont pas totalement enthousiastes à l'idée de souscrire des engagements très contraignants, mais surtout de transférer des compétences dans un domaine considéré comme relevant de la politique économique et nécessitant des prises de décisions

¹²⁹³ « *Nous reconnaissons les besoins des pays en développement et des pays les moins avancés en ce qui concerne un soutien accru pour une assistance technique et un renforcement des capacités dans ce domaine, y compris l'analyse et l'élaboration de politiques de façon qu'ils puissent mieux évaluer les implications d'une coopération multilatérale plus étroite pour leurs politiques et objectifs de développement, et le développement humain et institutionnel* » : OMC, opt. cit., WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphe 23.

¹²⁹⁴ Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 7.

¹²⁹⁵ Philippe FAUCHER, art. cit., p. 178.

¹²⁹⁶ Cf. C/ Les arguments divers : Paragraphe I de la présente Section 1.

administratives individuelles de large portée¹²⁹⁷. Ils veulent continuer à garder la maîtrise de leur politique de concurrence, laquelle peut éventuellement leur servir d'outil stratégique au service de leur économie¹²⁹⁸. La surveillance des opérations de concentrations désigne l'élément qui reflète le mieux la situation. Comme le souligne Madame Laurence Boy, « *malgré la mondialisation des opérations de fusions-acquisitions, on constate aujourd'hui encore une unanimité pour refuser un contrôle mondial de ces opérations, du moins, une volonté de conserver un contrôle national ou régional de ce type d'opérations dans les espaces géopolitiques* »¹²⁹⁹. Au regard de l'importance de l'enjeu économique que présente un tel contrôle, la situation ne devrait pas surprendre ; parce qu'on imagine difficilement des États céder leurs prérogatives, par exemple, à une organisation supranationale, s'ils ne sont pas convaincus que leurs intérêts seront suffisamment préservés. Ainsi, à l'instar des pays en développement, les pays développés aussi ont besoin, à leur manière, de garanties afin d'acquiescer à la conclusion d'un accord OMC sur la concurrence. Ceci dit, il est un pays très puissant dont la position interpelle, tant elle semble résolument hostile. Il s'agit bien évidemment des États-Unis. Que les Américains soient méfiants l'égard d'une organisation internationale, cela n'est guère étonnant, puisqu'ils sont coutumiers de ce genre d'attitude¹³⁰⁰. Cependant, en matière de concurrence dans le cadre de l'OMC, la méfiance laisse place à l'hostilité active¹³⁰¹. Persuadés de l'inadéquation du cadre de l'organisation pour traiter de la question et ayant foi dans la capacité dissuasive de l'application extraterritoriale de leur droit national de la concurrence, ils vont tenter de contrecarrer la proposition européenne visant la création d'un dispositif multilatéral sous l'égide de ladite organisation¹³⁰². Pour ce faire, ils initient un projet alternatif qui débouche sur la création de l'*International Competition*

¹²⁹⁷ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 308 ; Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », art. cit., p. 274.

¹²⁹⁸ L'utilisation de la politique de concurrence à des fins stratégiques a fait l'objet d'un développement approfondi dans le cadre de l'étude consacrée aux limites de l'extraterritorialité du droit de la concurrence. Cf. Section 2 : Les limites de l'extraterritorialité du droit de la concurrence : Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹²⁹⁹ Laurence BOY, art. cit., p. 419.

¹³⁰⁰ Madame Catherine PRIETO parle de « *défiance traditionnelle à l'égard des organisations internationales* » : Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 26.

¹³⁰¹ V. Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 26 et « Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir des affaires *Microsoft* », art. cit., p. 385-386 ; Markus PALLEK, art. cit., p. 152 ; Gérard FARJAT, « Observations sur la dynamique du droit de la concurrence », in Guy CANIVET (dir.), opt. cit., p. 24-25.

¹³⁰² Markus PALLEK, art. cit., p. 152-155 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 497-498 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 26 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de *la lex economica* », art. cit., p. 176-177.

Network (ICN) ou réseau international de la concurrence¹³⁰³. Lancé en 2001 sur une base informelle, le réseau poursuit une mission de convergence des législations et politiques nationales dans le domaine de la concurrence, en procédant par l'élaboration de recommandations pratiques¹³⁰⁴. Fonctionnant comme un forum regroupant des représentants d'autorités de la concurrence issus de pays développés comme de pays en développement, il a su fédérer très vite un nombre conséquent d'États, tenir des conférences régulières et se positionner comme une enceinte de coopération crédible¹³⁰⁵. La doctrine reconnaît ses mérites mais pointe des lacunes rendant le réseau insuffisant, à lui seul, pour apporter des solutions efficaces aux problèmes de concurrence de dimension internationale¹³⁰⁶. Effectivement, outre le fait qu'il élabore des recommandations dénuées de tout caractère impératif¹³⁰⁷, les différences entre les droits en vigueur ainsi que leur application par les autorités nationales, ne sont pas supprimées¹³⁰⁸ ; puis, loin d'être conjuré, le risque de décisions contradictoires ou de « cloisonnement des marchés à cause de la passivité d'une autorité nationale » subsiste toujours¹³⁰⁹. De tels éléments, principalement l'absence de contrainte, rangent l'ICN dans la catégorie de toutes les autres instances multilatérales telles que l'OCDE et la CNUCED, qui s'occupent également de concurrence et dont l'inadéquation pour accueillir un accord international sur la question a déjà fait l'objet d'une démonstration¹³¹⁰. Seule la nature institutionnelle et le cadre contraignant de l'OMC semblent convenir. L'ICN devrait donc être regardé comme un complément d'une approche s'inscrivant dans de cette voie, et non une alternative. L'analyse est partagée par un certain nombre d'experts¹³¹¹. Même les Américains en sont convaincus. Pour preuve, l'hostilité envers l'OMC ne gagne pas l'ensemble des autorités intéressées par la matière concurrentielle, la question de la négociation d'un accord sous son égide provoquant une division : alors que le *United States Representative* (l'autorité

¹³⁰³ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 304 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 564. Pour obtenir des informations détaillées à propos du Réseau, consulter son site internet : www.internationalcompetitionnetwork.com.

¹³⁰⁴ Habib KAZZI, opt. cit., p. 564 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 304.

¹³⁰⁵ Habib KAZZI, opt. cit., p. 555-572 ; Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 29-31 ; Markus PALLEK, art. cit., p. 154-155 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 304 ; Gérard FARJAT, art. cit., p. 24-25.

¹³⁰⁶ V. Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 304 ; Markus PALLEK, art. cit., p. 155.

¹³⁰⁷ Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 29.

¹³⁰⁸ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 304 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 565.

¹³⁰⁹ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 304 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 565.

¹³¹⁰ V. *supra* : A/ L'insuffisance des autres solutions multilatérales : Paragraphe I, Section 1 du présent Chapitre 1^{er}.

¹³¹¹ C'est notamment le cas de Monsieur Konrad Von FINCKENSTEIN, ancien président du Steering Group (Groupe de direction de l'ICN) : « International Antitrust Policy and the International Competition Network », *International Antitrust Law & Policy*, Fordham Corp.L. Inst. B. Hawk (Ed.), 2002, p. 38, in Habib KAZZI, opt. cit., p. 566 ; ou encore de Madame Catherine PRIETO, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », art. cit., p. 29.

américaine chargée de la politique des échanges) s’y déclare favorable, le DoJ exprime une farouche opposition¹³¹². Il existe donc des raisons d’espérer une évolution favorable de la position des États-Unis, d’autant plus que le souci de prévenir un éventuel enfermement dans une confrontation pesante avec la Chine, nouvelle grande puissance contrebalançant leur domination de l’économie mondiale, pourrait les inciter à privilégier définitivement l’approche multilatérale.

503. Pour terminer l’étude sur la faisabilité d’un accord global sur la concurrence, force est de conclure à la reconnaissance du caractère largement surmontable des différents obstacles, puis d’admettre l’existence de plusieurs éléments concourant à la réalisation de l’idée. Si elle se concrétisait, l’actuel droit de l’OMC serait grandement amélioré. Mais pour que le processus d’adaptation du cadre de l’organisation aux nouvelles réalités du commerce mondial soit totalement complet, le dispositif devrait s’accompagner d’une réforme du mécanisme de règlement des différends.

Section 2 : Le perfectionnement du système de règlement des différends

504. Adopter des règles sur la concurrence est une chose, mais assurer la garantie de leur mise en œuvre en est une autre. Si la configuration du mécanisme de règlement des différends reste en l’état, la contribution d’un accord multilatéral à l’amélioration du droit de la concurrence de l’OMC ne sera certainement pas révolutionnaire. Car les textes de l’organisation contiennent déjà des dispositions sur la matière¹³¹³, mais la nature du mécanisme atténue leur efficacité¹³¹⁴. En effet, alors que bon nombre de ces dispositions s’adresse directement aux particuliers, ceux-ci ne peuvent en aucun cas agir devant la juridiction, sauf en qualité d’*amicus curiae*¹³¹⁵; encore faut-il préciser qu’une telle exception ne bénéficie pas d’une consécration textuelle mais relève d’une interprétation des arbitres à propos de l’étendue de leurs pouvoirs¹³¹⁶. Par ailleurs, même pour les textes régissant les comportements anticoncurrentiels imputables aux États, la faible portée dissuasive de la

¹³¹² Pierre ARHEL, « Droit international de la concurrence, s’orienté-t-on vers des négociations ? », art. cit., p. 87.

¹³¹³ Cf. Chapitre 1^{er} : La présence d’un ensemble de règles de concurrence hétérogènes : Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹³¹⁴ Cf. Section 2 : Les limites de la juridiction chargée de l’application du droit de l’OMC : Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 2 du présent ouvrage.

¹³¹⁵ Cf. II – L’absence d’action directe au profit des opérateurs privés : Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 2 du présent ouvrage.

¹³¹⁶ V. Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 405 et s. ; Éric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 22 et s.

sanction prévue pour le défaut d'exécution des décisions et recommandations de l'ORD¹³¹⁷, entame incontestablement leur efficacité, du moins sur le plan théorique.

505. L'adaptation du droit de l'OMC passe donc aussi par un perfectionnement du système de règlement des litiges, qui apporte des corrections aux principales lacunes institutionnelles. Cela nécessite, d'une part, la création d'une série de mesures destinées à optimiser l'application des dispositions concurrentielles existantes (I) et, d'autre part, l'intégration des acteurs privés dans le processus de règlement des différends (II).

I – Une réforme aux fins d'une meilleure application des dispositions concurrentielles existantes

506. L'ORD connaît un relatif succès et attire toutes les catégories de pays, développés comme en voie de développement¹³¹⁸. Pour qu'il puisse contribuer davantage à l'effectivité du droit de l'OMC, donc à l'optimisation des règles déjà édictées, en particulier celles présentant un lien avec la concurrence, son accessibilité doit nécessairement être améliorée. Ensuite, afin de gagner en crédibilité, son caractère juridictionnel requiert un affermissement, notamment par le biais d'une hausse de la contrainte au niveau des sanctions, ainsi qu'une accentuation de la transparence dans le traitement des affaires. L'incohérence institutionnelle qui consiste à énoncer des dispositions à l'endroit des personnes privées, sans pour autant leur offrir la faculté de les invoquer devant les autorités juridictionnelles de leur État de nationalité ou devant l'ORD, mérite également d'être revue.

507. Concernant d'abord la proposition relative à l'amélioration de l'accès au système de règlement des différends, l'idée peut surprendre à première vue, tant la question semble ne plus être d'actualité. Les avancées réalisées en ce sens sont là pour témoigner, la lecture des derniers rapports annuels de l'OMC faisant état d'une participation d'un panel de pays très variés. Celui de 2014 énonce, par exemple, que sur les vingt demandes de consultations reçues par l'ORD durant l'année 2013, neuf ont été déposées par des pays en

¹³¹⁷ V. I – Les limites institutionnelles des sanctions de l'ORD : Section 2, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 2 de la présente thèse.

¹³¹⁸ OMC, *Rapport annuel 2014*, opt. cit., p. 86 et s. ; Olivier BLIN, art. cit., p. 5-7.

développement¹³¹⁹. Avec une telle statistique, difficile de soutenir que le système est exclusivement réservé à une catégorie de pays, notamment les États développés. Toutefois, l'effectivité du caractère universel du mécanisme de règlement des litiges commerciaux paraît encore éloignée de la réalité. Car, si les États en développement y prennent part de plus en plus, l'accès demeure encore compliqué pour beaucoup d'être eux, surtout les plus pauvres¹³²⁰. Pour preuve, selon Monsieur Philippe Vincent, jusqu'ici, aucune procédure n'a été enclenchée à l'initiative d'un État faisant partie de la catégorie des pays les moins avancés (PMA)¹³²¹. Il faut dire que la participation au mécanisme en question requiert un personnel qualifié et une expertise, traduisant de la sorte un coût financier qui freine considérablement les pays à faibles ressources¹³²².

508. L'impossibilité pour un nombre conséquent de pays membres d'accéder à la juridiction de l'OMC, équivaut à autant d'occasions manquées pour assurer l'application des règles l'organisation. Pour le cas particulier de la concurrence, imaginons une situation dans laquelle un pays pauvre se trouve victime d'un acte anticoncurrentiel prévu par les textes de l'institution multilatérale, tel un dumping ou une subvention prohibée, les textes ne seraient alors probablement pas mis en œuvre, faute pour la victime de pouvoir activer le mécanisme de règlement des différends. L'on peut certes objecter qu'il ne revient qu'à elle de se doter des moyens pour y parvenir. Mais, comme la probabilité de son renoncement paraît élevée, la protection de la concurrence internationale ainsi que l'intérêt des consommateurs, commandent néanmoins de faciliter l'accès à la juridiction, afin que les dispositions régissant la pratique en cause puissent être appliquées. L'implication de toutes les catégories de pays désigne un critère important de la pertinence du cadre de l'OMC pour le traitement des questions de concurrence de dimension internationale. Sans elle, des territoires et marchés seraient exclus de fait du champ de son droit, alors qu'ils n'échappent pas aux pratiques anticoncurrentielles des États et des sociétés multinationales. Raison pour laquelle la facilitation de l'accès des pays en développement mérite un soutien. Des propositions réalistes œuvrant en ce sens ont déjà été effectuées¹³²³. Et elles émanent des États eux-mêmes. Ainsi, après avoir envisagé, puis délaissé l'idée d'un ORD spécifique ou « *ORD sur mesure* »,

¹³¹⁹ OMC, *Rapport annuel 2014*, opt. cit., p. 86 ;

¹³²⁰ V. Philippe VINCENT, opt. cit., p. 72 ; Philippe FAUCHER, art. cit., p. 176.

¹³²¹ Philippe VINCENT, opt. cit., p. 72.

¹³²² Philippe FAUCHER, opt. cit., p. 176 ; Peter CLEGG, « L'OMC et les petits Etats », *L'Economie politique*, (14), 2^{ème} trim. 2002, pp. 22-35, in Michel RAINELLI, art. cit., p. 65 ; Vilaysoun LOUNGNARATH, art. cit., p. 69.

¹³²³ V. Pierre NICORA, « L'Organe de règlement des différends a-t-il un avenir ? », in Filali OSMAN (dir.), opt. cit., p. 243 ; Philippe VINCENT, opt. cit., p. 72.

d'après l'expression de Monsieur Pierre Nicora, les pays en développement préfèrent cristalliser leurs propositions autour d'une demande d'assistance technique qui leur permette d'acquérir les outils nécessaires pour pouvoir éventuellement engager des actions sur la base de plaintes suffisamment ficelées, et assurer correctement leur défense, le cas échéant¹³²⁴. D'autres vont encore plus loin, en proposant d'accompagner l'assistance technique d'un soutien financier. La Communication déposée le 4 mars 2008 par la Côte d'Ivoire au nom du groupe africain, sollicite clairement la création d'un « *Fonds de l'OMC pour le règlement des différends* » à destination des pays en développement et des pays les moins avancés, dans le dessein de « *faciliter l'utilisation effective* » du Mémoire d'accord par ces derniers¹³²⁵.

509. De telles suggestions s'inscrivent dans la bonne direction et présentent l'avantage de ne pas nécessiter une réforme lourde qui appelle, par exemple, l'adoption d'un nouvel accord multilatéral. Une simple modification du Mémoire d'accord suffirait ; d'autant plus qu'hormis la création du fonds spécifique, elles semblent pouvoir faire facilement l'objet d'un consensus de la part des membres de l'organisation. Cela dit, l'élargissement de l'accès à l'ORD ne résoudra pas tout. Une autre lacune institutionnelle, et non des moindres, doit également être comblée : il s'agit bien évidemment du système de sanction.

510. Comme évoqué précédemment, les sanctions désignent le maillon faible du mécanisme de règlement des différends de l'OMC¹³²⁶. Accordant beaucoup de place à la volonté de la partie condamnée, elles atténuent le caractère juridictionnel du mécanisme et limitent fortement la portée dissuasive des décisions prononcées¹³²⁷. On sait que leur conception ne garantit pas toujours la fin de l'illégalité et n'exprime de la contrainte qu'uniquement au niveau des mesures de rétorsion croisée¹³²⁸. Certes, le degré limité de coercition n'équivaut pas à une inefficacité totale, la mise en conformité étant respectée dans l'immense majorité des cas¹³²⁹. Toutefois, il arrive que des États condamnés opposent une certaine résistance, soit en refusant de retirer la mesure jugée non conforme, soit en

¹³²⁴ Pierre NICORA, art. cit., p. 243 ; Philippe VICNENT, opt. cit., p. 72.

¹³²⁵ OMC, Texte des propositions du groupe africain pour les négociations sur le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, 5 mars 2008, TN/DS/W/92, p. 3.

¹³²⁶ Cf. I – Les limites institutionnelles des sanctions de l'ORD : Section 2, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 2 du présent ouvrage.

¹³²⁷ Cf. I – Les limites institutionnelles des sanctions de l'ORD : Section 2, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 2 du présent ouvrage ; Henri CULOT, opt. cit., p. 511.

¹³²⁸ Cf. I – Les limites institutionnelles des sanctions de l'ORD : Section 2, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 2 du présent ouvrage.

¹³²⁹ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 85. Selon Monsieur Henri CULOT, « *La pratique des Etats qui sanctionnent confirme qu'ils recherchent la mise en conformité* » : opt. cit., p. 585 et s.

obtempérant mais de manière insuffisante¹³³⁰. Dans ce cas, le plaignant ne dispose d'autres choix que négocier des compensations satisfaisantes, puis espérer en ultime recours l'autorisation d'appliquer des mesures de rétorsion croisée¹³³¹. Si elles peuvent être efficaces dans bien des circonstances, comme elles l'ont démontré dans les affaires *États-Unis – FSC*¹³³² et *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*¹³³³ où la partie condamnée, en l'occurrence les États-Unis, avait fini par changer sa législation aux fins de se mettre en conformité avec les accords de l'institution multilatérale et ce, suite à l'application de contre-mesures par la partie plaignante sur autorisation de l'OMC¹³³⁴, les mesures de rétorsion croisée ne sont pas à la portée de tous les États. Constituant par essence des sanctions économiques, leur effet contraignant ne ressort que le lorsque le plaignant se trouve en état de pouvoir suspendre ou retirer des concessions affectant suffisamment la partie perdante au point de la conduire au retrait de sa mesure litigieuse. La technique de sanction ressemble sur certains aspects, à une sorte de « justice privée », en ce qu'elle demande à la victime de proposer des mesures de représailles dans des secteurs où son adversaire serait susceptible de ressentir leurs effets. Autant dire qu'elle avantage les États économiquement forts. Un pays sans réel poids économique sur la scène internationale éprouvera beaucoup de difficultés à utiliser efficacement le dispositif. Comment un pays sous-développé qui importe quasiment tout, adopterait-il de pareilles mesures à l'encontre de puissances telles que la Chine, les États-Unis, l'Union européenne, le Japon, ... ? S'il parvient à trouver le moyen de les appliquer dans un secteur sensible pour ces derniers, le déséquilibre dans les rapports de force économique et politique risquerait néanmoins de l'en dissuader. Dans les affaires mentionnées plus haut, l'efficacité a été au rendez-vous parce que la partie plaignante n'était autre que l'Union européenne, un marché immense et une entité économique forte, disposant des « armes » pour infléchir le comportement de son adversaire. Évaluant par exemple la capacité de dissuasion de celle-ci dans l'affaire sur les sauvegardes concernant l'acier, Messieurs Carreau et Juillard énoncent que « *l'Union européenne pouvait adopter des mesures de représailles pour un montant supérieur à 2 milliards de dollars et qu'elles avaient été ciblées*

¹³³⁰ Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 85.

¹³³¹ Pour des développements sur l'exécution des décisions et recommandations de l'ORD, ainsi que l'application de mesures de rétorsion croisées, cf. : B/ La phase d'exécution des décisions et recommandations : Paragraphe I, Section 1, Chapitre 2, Titre de la Partie 1 ; I – Les limites institutionnelles des sanctions de l'ORD : Section 2, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 2 du présent ouvrage.

¹³³² *Etats-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger »*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS/108/AB/RW, 14 janvier 2002.

¹³³³ *Etats-Unis – Mesures de sauvegardes définitives à l'importation de certains produits en acier*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DTS/248-259/AB/R, 10 novembre 2003.

¹³³⁴ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 113-114.

sur des produits américains particulièrement sensibles »¹³³⁵. Pour qu'un tel effet contraignant puisse exister également dans les litiges opposant des pays à niveaux de développement économique différents, le dispositif des mesures de rétorsion croisée devrait subir une petite mutation, afin d'envisager une application collective, selon la situation des protagonistes. La crédibilité de l'OMC et de son ORD en sortirait renforcée. Parce qu'après tout, il est attendu d'un système juridique ou juridictionnel digne de ce titre, une capacité à prononcer des jugements indifféremment de la taille des parties, mais aussi une garantie de la mise en œuvre des décisions adoptées. L'ORD remplit assez bien le premier critère. En revanche, sa méthode de sanction n'assure pas systématiquement l'exécution des décisions et recommandations prononcées. Avantageant plutôt les États les plus puissants, elle génère une sorte d'inégalité de fait devant la prise de sanctions, laquelle mériterait une correction par le truchement d'une consécration d'un droit d'application de mesures de rétorsion collective en faveur des pays pauvres. L'idée n'est pas nouvelle. L'intérêt de sa concrétisation a déjà fait l'objet d'une mise en exergue de la part de certains auteurs¹³³⁶. Et un groupe de pays en développement a officiellement proposé une réforme du Mémorandum d'accord la prenant en compte¹³³⁷. Il s'agit du groupe africain qui, dans sa Communication précédemment citée, demande une modification de l'article 22.6 dudit Mémorandum, en suggérant l'édiction d'un régime d'exécution collective des décisions et recommandations de l'ORD¹³³⁸. Les dispositions proposées précisent, par exemple, les circonstances dans lesquelles le recours à une telle technique peut être envisagé, en énonçant que « *lorsqu'il aura été démontré que la suspension de concessions ou d'autres obligations aurait des conséquences négatives pour l'économie d'un Membre qui est un pays en développement ou un pays moins avancé, l'ORD pourra, sur demande, autoriser un Membre ou un groupe de Membres à suspendre des concessions pour le compte du Membre affecté* » ; avant de détailler la procédure à respecter¹³³⁹. L'approche choisie semblant couvrir la matière de façon relativement correcte, la proposition mérite approbation. Car elle comblerait le déficit d'égalité entre les États, mais accentuerait surtout la contrainte au niveau des sanctions, autrement dit un élargissement de leur portée dissuasive. Les gains en termes d'effectivité du droit profiteraient à l'ensemble des règles de l'OMC, y compris notamment celles portant sur la concurrence. Ils le seraient encore mieux si les

¹³³⁵ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 114.

¹³³⁶ V. Philippe VINCENT, opt. cit., p. 71-72 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 147-149.

¹³³⁷ V. OMC, opt. cit., TN/DS/W/92, p. 2.

¹³³⁸ OMC, opt. cit., TN/DS/W/92, p. 2.

¹³³⁹ OMC, opt. cit., TN/DS/W/92, p. 2.

personnes privées, qui sont directement visées par certains textes, pouvaient les invoquer elles-mêmes devant les juridictions.

511. En effet, comme souligné à plusieurs reprises dans le présent ouvrage¹³⁴⁰, des textes tels que l'AGCS et l'Accord sur les ADPIC, édictent des droits et des obligations à l'égard des ressortissants des États membres et des fournisseurs de services, donc des particuliers, sans leur offrir la moindre possibilité de les invoquer devant l'ORD ou devant les juridictions de leur État de nationalité. Étant donné l'impossibilité de principe pour les personnes privées d'accéder au système de règlement des différends¹³⁴¹, et face au refus des États de reconnaître un quelconque effet direct aux accords de l'OMC¹³⁴², les dispositions en question risquent de demeurer fort théoriques. Évidemment, le particulier peut toujours se ranger derrière son État d'origine, afin de faire valoir ses droits au niveau de la juridiction de l'institution multilatérale. Mais, non seulement il ne dispose d'aucun moyen juridique pour le contraindre à agir, en plus il se trouverait dans une impasse au cas où la situation dont il se plaint résulterait d'un manquement imputable à son État de nationalité. Les intérêts des États et des particuliers n'allant pas systématiquement de pair, l'hypothèse paraît plus que plausible. Pour remédier à la situation et optimiser en conséquence les règles s'adressant aux personnes privées, en particulier les dispositions relatives à la concurrence, les pistes intéressantes ne manquent pas. Par exemple, il pourrait être procédé à l'insertion dans le Mémoire d'accord, d'une disposition autorisant les personnes privées à saisir l'ORD en cas de manquement à un texte de l'OMC générant explicitement des droits au profit des particuliers ; ou bien, à l'édition d'un principe général imposant aux États membres, l'obligation d'aménager dans leurs ordres juridiques respectifs, des moyens permettant aux personnes privées d'invoquer les dispositions des accords comportant des références directes aux particuliers. Le principe s'incorporerait dans les trois piliers de l'OMC, puis se déclinerait éventuellement dans d'autres accords. Si la traduction de la première proposition risque de se confronter à quelques blocages car mettant un terme au caractère exclusivement interétatique du mécanisme de règlement des différends, la concrétisation de la deuxième semble en revanche moins compliquée. Touchant à la question de l'effet direct des accords de l'organisation multilatérale, sujet sur lequel la position de certains membres importants paraît

¹³⁴⁰ V. par exemple : B/ L'absence de contrainte dans les rares règles relatives aux comportements d'origine privée : Paragraphe I, Section 1, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la présente Partie 2.

¹³⁴¹ Cf. I – Les caractéristiques du système de règlement des différends : Section 1, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 de la présente thèse.

¹³⁴² V. A/ Le défaut d'application directe du droit de l'OMC : Paragraphe I, Section 1, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de l'actuelle Partie 2.

flexible, la deuxième idée désigne la solution la plus réaliste dans l'immédiat. Nous pensons notamment à l'Union européenne dont la Cour de justice, tout en maintenant le principe d'absence d'effet direct desdits accords, ouvre néanmoins quelques brèches¹³⁴³. Mais la proposition bénéficie surtout d'une chance d'aboutir parce qu'elle repose sur la reconnaissance d'un recours interne, une technique largement présente dans bon nombre de textes de l'OMC¹³⁴⁴.

512. Si ces éléments de réforme parvenaient à voir le jour, le décalage du cadre de l'OMC par rapport à la mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée se réduirait sans doute sensiblement. Pour le résorber totalement, il faudrait trouver un moyen d'associer les particuliers au système de règlement des litiges.

II – L'intégration des acteurs privés dans le système de règlement des différends

513. Nul besoin d'être fin observateur pour percevoir que les commerçants, ce sont d'abord les agents privés, personnes physiques et sociétés. Les règles encadrant le commerce et les comportements sur les marchés se doivent donc de les régir. L'adaptation du droit de l'OMC aux nouvelles réalités du commerce mondial, en l'occurrence l'accentuation des situations anticoncurrentielles transfrontières due à la mondialisation des économies, passe nécessairement par une appréhension directe du comportement de ces derniers, autrement dit par l'intégration des personnes privées dans le système de règlement des différends. À défaut, le contentieux de la concurrence internationale tomberait dans le giron des arbitres internationaux, lesquels ont une vision étriquée du contenu de l'ordre public¹³⁴⁵. Sachant que l'arbitrage se trouve au service des multinationales¹³⁴⁶ qui, par ailleurs, représentent les acteurs dont le comportement pose le plus de problèmes car difficile d'encadrement par un seul État, alors la nécessité d'ouvrir la juridiction de l'OMC aux particuliers devient une

¹³⁴³ CJCE, 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)*, aff. 70/78, Rec., 1989, p. 1781 ; Préc., CJCE, 23 novembre 1999, point 47. Pour des développements sur des tempéraments au refus d'invocabilité des accords de l'OMC, cf. : Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 478-484 ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 86-87.

¹³⁴⁴ C'est notamment le cas de l'Accord antidumping (article 13), de l'Accord SMC (article 23), de l'Accord sur les ADPIC (articles 41-61), ou encore de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (article XX).

¹³⁴⁵ Laurence BOY, art. cit., p. 410.

¹³⁴⁶ Hebdomadaire *Courrier international*, édition du 13 au 19 février 2014, N° 1215, p. 36-37.

question urgente. Afin de la prendre en considération, deux moyens, l'un déjà testé ponctuellement et l'autre inédit, pourraient par exemple servir de canal d'ouverture.

514. Le premier correspond à la technique de l'*amicus curiae*. L'ORD s'y était montrée favorable et avait admis que des personnes privées puissent, en cette qualité, déposer des mémoires auprès des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel¹³⁴⁷. Sa démarche ayant reçu un écho fort défavorable¹³⁴⁸, il a durci sa position par la suite¹³⁴⁹. Il est vrai que le Mémorandum d'accord ne prévoit pas un tel type de procédure. L'ORD s'était basé sur le droit des groupes spéciaux de recueillir auprès de toute personne ou de tout organisme des renseignements et avis techniques jugés utiles, pour accepter les mémoires *d'amicus curiae*¹³⁵⁰. Attachés au caractère interétatique du mécanisme de règlement des différends, les États membres ont vu cette ouverture en direction des acteurs non gouvernementaux d'un très mauvais œil¹³⁵¹. Même le recours finalement limité à la procédure en question dans la pratique des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel¹³⁵², ne calme pas totalement leurs inquiétudes. C'est ainsi qu'on peut lire dans la Communication du groupe africain, qui a pourtant formulé des propositions progressistes sur plusieurs sujets, une demande de modification des articles 13 et 17.2 du Mémorandum susmentionné afin d'insérer dans le premier le passage « *dans l'exercice du droit de demander des renseignements et des avis techniques, le groupe spécial n'acceptera pas ni ne prendra en considération les renseignements ou les avis techniques fournis par une personne ou un organisme à qui il n'aura pas demandé d'en fournir* », puis d'ajouter dans le deuxième article les dispositions suivantes : « *l'Organe d'appel ne prendra en considération que les communications des parties et des tierces parties, et n'acceptera ni ne prendre en considération aucune communication en dehors de celles qui sont communiquées par les parties et les tierces parties* »¹³⁵³. Les suggestions masquent à peine la volonté de limitation drastique de la procédure de l'*amicus curiae*. Car émanant généralement de groupes de pression, comme cela

¹³⁴⁷ V. *supra* : I – Les caractéristiques du système de règlement des différends : Section 1, Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage ; Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS58/AB/R, paragraphe 108, p. 38-39 ; Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS138/AB/R, paragraphes 40-41, p. 16-17.

¹³⁴⁸ Henri CULOT, opt. cit., p. 468 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 23 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 406 et p. 409-411.

¹³⁴⁹ V. l'affaire *Communautés européennes – Amiante* : Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., paragraphe 50-57, p. 21-26 ; Henri CULOT, opt. cit., p. 468 ; Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 410.

¹³⁵⁰ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS58/AB/R, paragraphe 108, p. 41-42.

¹³⁵¹ L'initiative de l'ORD avait, par exemple, provoqué une réunion spéciale du Conseil général de l'OMC où « *la plupart des membres ont exprimé avec force leur rejet non seulement de la procédure additionnelle, mais aussi du pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'accepter des mémoires d'amicus curiae, ainsi que l'usurpation de fonction qu'ils y voyaient* » : Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 410.

¹³⁵² Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 23-24.

¹³⁵³ OMC, opt. cit., TN/DS/W/92, opt. cit., p. 2.

a été le cas dans l'affaire *crevettes*¹³⁵⁴, les mémoires d'*amicus curiae* correspondraient difficilement à des communications sollicitées. D'ailleurs, leur admission dans ladite affaire a pu aboutir parce que l'Organe d'appel a censuré le raisonnement du groupe spécial¹³⁵⁵, qui opérait une distinction entre communications demandées et communications non sollicitées, pour finir par rejeter les dernières¹³⁵⁶. De par son interprétation du droit de demande de renseignements, l'Organe d'appel prouve que les actuels textes permettent un début d'association des personnes privées au mécanisme de règlement des différends. Afin de susciter l'approbation des États membres de l'OMC et éviter l'assimilation à un dépassement de pouvoirs de la part de l'ORD, l'association doit être institutionnalisée, notamment à travers une consécration officielle de la procédure d'*amicus curiae* au sein du Mémorandum d'accord. La mesure habituerait la juridiction ainsi que les justiciables, à la présence d'autres acteurs, avant d'envisager une ouverture un peu plus large.

515. Le deuxième moyen d'intégration des particuliers repose sur une extension pure et simple du droit de porter plainte¹³⁵⁷. Beaucoup plus difficile à réaliser, l'idée consisterait à reconnaître à la personne privée victime d'un comportement étatique enfreignant des dispositions de l'OMC, la possibilité d'agir contre son auteur devant l'ORD. Prenant par exemple la forme d'un droit d'invocation de la responsabilité internationale du membre de l'OMC¹³⁵⁸, il concernerait dans un premier temps les litiges entre États et particuliers, en exclusion des différends entre particuliers. Mais sa concrétisation risque de ne pas être chose aisée. Car, eu égard aux oppositions hostiles exprimées à l'encontre de la simple admission des personnes privées à titre d'*amicus curiae*, difficile d'imaginer les États accepter facilement une réforme octroyant à ces dernières, la faculté d'invoquer leurs responsabilités devant l'ORD. Il leur faudra véritablement percevoir le caractère nécessaire de la réforme. Le risque de voir l'arbitrage international monopoliser le règlement des litiges commerciaux internationaux, particulièrement ceux opposant un État et une société étrangère, pourrait suffire à convaincre les membres de l'organisation multilatérale, notamment les plus petits d'entre eux qui ne font pas toujours le poids face aux multinationales¹³⁵⁹.

¹³⁵⁴ Le groupe spécial avait reçu des communications émanant d'ONG œuvrant dans la défense de l'environnement. Cf. Rapport du groupe spécial, opt. cit., WT/DS58/R, paragraphe 7.7, p. 316.

¹³⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS58/AB/R, paragraphe 108, p. 41.

¹³⁵⁶ Rapport du groupe spécial, opt. cit., WT/DS58/R, paragraphe 7.8, p. 316.

¹³⁵⁷ Charles-Emmanuel COTE, opt. cit., p. 488 et s. ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 97.

¹³⁵⁸ Tel que le suggère Monsieur Charles-Emmanuel COTE : opt. cit., p. 490 et s.

¹³⁵⁹ En guise d'illustration : l'Hebdomadaire *Courrier international* rapporte la quasi-totalité des accords de protection des investissements (API), « permettent aux investisseurs d'assigner l'Etat devant un tribunal

516. La réalisation des deux propositions entamera la fin de la mise à l'écart officielle des particuliers vis-à-vis du système de règlement des différends de l'OMC, puis équivaldra en termes d'encadrement de la concurrence internationale, à un début d'adaptation du droit et de la juridiction de l'organisation aux nouvelles réalités du commerce mondial. Aux fins de mener l'adaptation à bien, l'accord multilatéral suggéré ici doit prévoir à son tour un contenu qui comble le déficit de règles matérielles régissant les comportements anticoncurrentiels d'origine privée.

d'arbitrage international lorsque les termes de l'accord ne sont pas respectés ». Le journal précise que la majorité des pays en développement ne maîtrise pas les risques financiers liés à ce type d'accords et souligne que l'arbitrage international avantage plutôt les multinationales : Edition du 13 au 19 février 2014, N° 1215, p. 36-37.

CHAPITRE 2 : L'ÉTUDE PROSPECTIVE DU CONTENU D'UN ACCORD MULTILATÉRAL SUR LA CONCURRENCE

517. Depuis de longues dates, des études sur le contenu d'un accord international sur la concurrence sont menées aussi bien dans le cadre académique que dans les instances de coopération politique. Du code de la CNUCED de 1980¹³⁶⁰ aux travaux du groupe de travail de l'OMC¹³⁶¹, sans oublier les recommandations de l'OCDE¹³⁶², les propositions de l'Union européenne¹³⁶³ ainsi que le code du groupe de Munich¹³⁶⁴, les suggestions de contenu foisonnent et paraissent toutes aussi intéressantes les unes que les autres. Un classement permet de dégager deux principales approches préconisées : un accord plurilatéral avec élaboration d'un véritable droit supranational, ou un accord multilatéral a minima fixant un cadre de coopération dans le domaine de la concurrence.

518. Parce que la mondialisation économique et ses conséquences en termes de pratiques anticoncurrentielles affectent tous les pays, un instrument sur la concurrence au sein de l'OMC doit nécessairement être de portée universelle, donc multilatéral. Aux fins de remédier aux lacunes de l'approche sectorielle des présentes règles concurrentielles incorporées dans les divers accords commerciaux, puis combler le déficit de substance pour appréhender les situations anticoncurrentielles posant le plus de problèmes à l'heure actuelle, il est indispensable que l'accord fixe des principes de base et énonce au moins quelques dispositions matérielles spécifiques. Un contrôle de sa mise en œuvre aussi doit être envisagé. Des propositions allant dans le sens de l'ORD¹³⁶⁵, de la création d'une autorité internationale

¹³⁶⁰ CNUCED, « L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives », in CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF/10/Rev.2, p. 7-20.

¹³⁶¹ Les travaux du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence ont fait l'objet d'une étude dans le cadre du précédent chapitre. Cf. B/ La prise de conscience opérée au sein de l'OMC : Paragraphe I, Section 1, Chapitre 1^{er} du présent Titre 2.

¹³⁶² Notamment ses recommandations de 1995 : opt. cit., C(95)130/FINAL ; 1998 : opt. cit., C(98)35/FINAL et 2014 : opt. cit., C(2014)108.

¹³⁶³ Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., 67 p. ; OMC, Communication de la Communauté européenne et ses Etats membres, 19 novembre 2002, WT/WGTCP/W/222.

¹³⁶⁴ "Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement 10 July 1993" (1993) 5 World Trade and Arbitration Materials, Issue 5, pp. 126 ; BNA Antitrust & Trade Regulation Report, 19 août 1993, vol. 64, Special supplement n° 1628. Une analyse détaillée des dispositions du Code est effectuée in Frank ROMANO, opt. cit., p. 172-190.

¹³⁶⁵ Pierre ARHEL, « Droit international de la concurrence, s'orientent-ils vers des négociations ? », art. cit., p. 86 ; et « Dimension internationale du droit de la concurrence », R.M.C.U.E., n° 410, juillet-août 1997, p. 494-495 ; D. GRISAY, art. cit., p. 8 ; Benoît MERKT, opt. cit., p. 385-388.

de la concurrence¹³⁶⁶, voire d'autres mécanismes de surveillance¹³⁶⁷, sont émises çà et là. Cet aspect touchant un peu à la question sensible de souveraineté des États¹³⁶⁸, le réalisme commande de privilégier la piste de l'ORD, qui a le mérite d'exister déjà et de susciter l'adhésion des États. Un tel réalisme conduit également à accorder la préférence à une approche consensuelle, en ce qui concerne le contenu de l'accord envisagé. Parce que la proposition de textes à l'endroit d'organisations comme l'OMC, requiert de garder toujours à l'esprit que les États membres désignent à la fois les créateurs et les destinataires des accords. Ils ne contractent pas aisément des engagements contraignants, surtout dans des domaines nouveaux. La mission qui a été confiée, par exemple, au groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence suite à la Conférence ministérielle de Doha, témoigne de cette situation, en révélant la volonté des États de réfléchir à l'idée d'un instrument spécifique portant sur la concurrence, mais également leur intention de limiter son contenu à des thèmes faisant l'objet d'un consensus¹³⁶⁹. Les thèmes ciblés correspondaient essentiellement aux principes fondamentaux de l'institution multilatérale, dont la non-discrimination, la transparence et l'équité au plan de la procédure, aux ententes injustifiables ainsi que la coopération volontaire¹³⁷⁰. Un accord axé sur de tels thèmes paraît donc faisable politiquement. Ce qui n'est pas négligeable, dans la mesure où la non-discrimination, la transparence et les ententes injustifiables représentent des éléments importants du droit de la concurrence¹³⁷¹. Ajoutée à cela, la coopération volontaire, laquelle a démontré dans le cadre des instruments bilatéraux conclus dans le domaine, toute la contribution bénéfique qu'elle peut apporter à l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles internationales¹³⁷², un accord OMC s'appuyant sur lesdits éléments ainsi que sur d'autres dispositions couvrant des branches clés, participerait déjà fortement à l'adaptation du droit de l'organisation aux nouvelles réalités du commerce mondial. Certes, l'idéal aurait été d'édicter d'emblée un texte sophistiqué, avec des dispositions matérielles très approfondies. Néanmoins, afin de permettre au projet de bénéficier de réelles chances d'aboutir, mieux vaut opter pour une démarche

¹³⁶⁶ Nicolas LIGNEUL, *opt. cit.*, p. 251 et s. ; et *art. cit.*, p. 463 ; Jean-Marc SIROËN, *art. cit.*, p. 35.

¹³⁶⁷ V. Rapport de l'autorité canadienne de la concurrence : Bureau de la concurrence, *Options en vue de l'internationalisation de la politique de la concurrence*, 1999, p. 25. Disponible sur son site internet : [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwpj/international_f.pdf/\\$FILE/international_f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwpj/international_f.pdf/$FILE/international_f.pdf) ; Andreas HEINEMANN, *art. cit.*, p. 314.

¹³⁶⁸ Joanna R. SHELTON, *art. cit.*, p. 465.

¹³⁶⁹ V. la Déclaration ministérielle de Doha : OMC, *opt. cit.*, WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphes 23-25.

¹³⁷⁰ OMC, *opt. cit.*, WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphe 25.

¹³⁷¹ Cf. Chapitre 1^{er} : La présence d'un ensemble de règles de concurrence hétérogènes : Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹³⁷² Cf. Section 1 : L'organisation de la coopération bilatérale : Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

progressive¹³⁷³. Il est toujours plus simple de compléter un texte existant que de créer un nouveau dispositif.

519. Par conséquent, l'accord proposé devrait énoncer des principes généraux de droit de la concurrence à partir d'éléments identifiés comme consensuels (Section 1), prévoir un certain nombre de règles matérielles régissant les pratiques unanimement condamnées et mettre en place un mécanisme de coopération pour l'application des législations nationales de concurrence (Section 2).

Section 1 : Des principes généraux sur le droit et la politique de la concurrence

520. Prenant en compte les travaux effectués par le groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence avant sa suspension, et s'inspirant des diverses propositions formulées au sujet du contenu d'un dispositif international sur la concurrence au sein de l'institution responsable du commerce mondial, notamment celles émanant de l'Union européenne, du Bureau de la concurrence du Canada et une partie de la doctrine, l'accord OMC sur la concurrence pourrait fixer trois principes essentiels¹³⁷⁴. D'abord, il édicterait un engagement des États membres à se doter d'une législation sur la concurrence, avec obligation de création d'une autorité indépendante chargée de son contrôle et de la sanction de sa mise en œuvre (I). Ensuite, il exigerait que les législations se fondent sur les principes fondamentaux de l'institution, à savoir la non-discrimination, la transparence et l'équité au plan de la procédure (II). Puis, il prévoirait un traitement spécial et différencié en direction des pays en développements (III).

¹³⁷³ Bienvenu OKIEMY, « La problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », RRJ, 2001-2, pp. 1028 ; Nicolas LIGNEUL, art. cit., p. 458.

¹³⁷⁴ Pour le Groupe de travail, cf. précisément ses rapports de 2001, 2002 et 2003 : opt. cit., WT/WGTCP/5, paragraphes 12 et s., WT/WGTCP/6, paragraphes 11-46, et WT/WGTCP/7, paragraphes 20-37. Concernant les propositions de l'Union européenne, V. : Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 15-26 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/222, p. 1 et s. ; Communication de la Commission, opt. cit., COM(96) 284. En ce qui concerne le Bureau canadien de la concurrence, cf. son rapport de 1999 : *Options en vue de l'internationalisation de la politique de la concurrence*, opt. cit., p. 13-16. Pour ce qui est de la doctrine, V. : Nicolas LIGNEUL, art. cit., p. 494-495 ; Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 461 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 484 et s. ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 308 et s. ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'écllosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 185 et s. ; Jean-Marc SIROËN, art. cit., p. 34-35.

I – L’engagement sur l’adoption d’une législation sur la concurrence

521. L’obligation d’adoption d’une loi interne sur la concurrence inviterait les signataires à s’engager à faire en sorte que les pratiques commerciales restrictives d’origines privée et publique ne compromettent pas les avantages qui devraient résulter de la libéralisation des échanges, et qu’ils s’obligeraient à instaurer une législation spécifique à la matière concurrentielle¹³⁷⁵. Sanctionnée par une autorité indépendante à l’instar ce qui se passe déjà dans les pays bénéficiant d’un tel dispositif, la loi couvrirait l’ensemble des activités relevant de l’économie nationale et appréhenderait les comportements publics et privés¹³⁷⁶. Elle exposerait explicitement aussi les objectifs de la politique de concurrence en y signifiant, par exemple entre autres finalités, que l’objectif principal « *serait de maintenir et d’encourager la concurrence afin de promouvoir l’utilisation efficace des ressources tout en protégeant la liberté d’action des divers intervenants sur les marchés* »¹³⁷⁷. Les États s’engageraient, par ailleurs, à reconnaître le moins d’exemptions possibles, surtout à l’endroit des ententes à l’exportation¹³⁷⁸, qui sont, comme souligné à plusieurs reprises dans le présent ouvrage, tolérées dans la plupart des droits des pays détenant actuellement une loi sur la concurrence¹³⁷⁹.

522. Ce principe qui ne paraît pas révolutionnaire de prime abord, voire peu utile, présente pourtant deux avantages. Premièrement, il accentuerait la convergence des droits nationaux de tous les membres ayant déjà édicté une loi en la matière ; ce qui limiterait le risque de divergence d’interprétation et de décisions contradictoires, deux choses encore fréquentes même entre membres de cultures proches à l’instar des États-Unis et de l’Union européenne¹³⁸⁰. Deuxièmement, il imposerait à tous les autres membres de l’OMC de trouver des instruments efficaces pour régir la concurrence. Il a été établi, par exemple, que les cartellistes choisissent souvent les pays dépourvus de législations antitrust, pour commettre

¹³⁷⁵ V. en ce sens le code de la CNUCED : opt. cit., TD/RBP/CONF/10/Rev.2, p. 9.

¹³⁷⁶ Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 14 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 485 ; Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 461.

¹³⁷⁷ Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 14.

¹³⁷⁸ Benoît MERKT, opt. cit., p. 414 et p. 384 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 14.

¹³⁷⁹ Cf. par exemple : A/ L’utilisation de la politique de concurrence à des fins stratégiques : Paragraphe I, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 ; I – Les lacunes liées à la nature des conventions bilatérales : Section 2, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹³⁸⁰ Cf. B/ Les risques de conflits politiques : Paragraphe I, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

des infractions affectant plusieurs marchés nationaux à la fois¹³⁸¹. Donc outre le résultat en termes de sensibilisation à la problématique de la concurrence, le principe en question permettrait de diminuer le vide juridique dans la répression des comportements anticoncurrentiels de dimension internationale. En effet, de tels comportements prenant forcément naissance dans un pays donné, si tous les Etats adoptent une attitude similaire à leur égard, alors leur intensité baisserait logiquement, à défaut ils seraient au moins mieux encadrés. Cela dit, pour que le résultat soit au rendez-vous, il ne faudrait pas que les législations soient trop divergentes : d'où l'intérêt de s'appuyer sur des principes communs.

II – L'incorporation des principes fondamentaux de l'OMC

523. En tant que piliers de l'institution et principes éminemment concurrentiels¹³⁸², c'est tout naturellement que les principes fondamentaux devraient servir de base à un accord spécifique portant sur la concurrence. Hormis de faire l'objet d'un consensus parce que mentionnés expressément par les Ministres dans la Déclaration de Doha précédemment citée¹³⁸³, le groupe de travail de l'OMC chargé de réfléchir sur le sujet en question a souligné que lesdits principes s'appliquaient déjà à la politique de la concurrence, en ce que cette dernière affectait le commerce¹³⁸⁴. Cependant, au regard des spécificités de la politique de la concurrence et des différences entre sa nature intrinsèque et les questions purement commerciales, les principes appelleraient une légère adaptation aux fins de prendre en considération les spécificités de la matière¹³⁸⁵. Ils assureraient une cohérence des accords sectoriels¹³⁸⁶, laquelle faisait tant défaut jusqu'ici.

524. Ainsi, à l'instar de l'adaptation opérée pour l'AGCS, l'Accord sur les ADPIC ou encore l'Accord SPS¹³⁸⁷, la non-discrimination, la transparence et l'équité au plan de la procédure devraient être accommodés en vue d'un accord sur la concurrence.

¹³⁸¹ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/4, paragraphe 54, p. 21 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/191, p. 5.

¹³⁸² Cf. Section 1 : Des principes à incidence concurrentielle : Chapitre 1^{er}, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹³⁸³ Paragraphe 25 de la Déclaration ministérielle de Doha : OMC, opt., cit., WT/MIN(01)/DEC/1.

¹³⁸⁴ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 14, p. 5.

¹³⁸⁵ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 14, p. 5 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/222, p. 5.

¹³⁸⁶ Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 461.

¹³⁸⁷ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 14, p. 5.

A/ La non-discrimination

525. La non-discrimination recouvre, comme déjà souligné lors de l'étude de l'incidence concurrentielle des principes fondamentaux de l'institution responsable du commerce mondial, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée¹³⁸⁸. Consacrés d'abord par le GATT en ses articles III et premier, puis étendus aux deux autres piliers à travers les articles XVII et II de l'AGCS ainsi que les articles 3 et 4 de l'Accord sur les ADPIC, les principes imposent une obligation de traitement non moins favorable. Précisément, le traitement national exige une égalité de traitement entre les produits nationaux, y compris les services et la propriété intellectuelle, et les produits étrangers ; tandis que le principe de la nation la plus favorisée commande à l'État accordant un avantage commercial à un membre donné, de l'étendre à l'ensemble des membres de l'Organisation¹³⁸⁹.

526. Appliquée au domaine de la concurrence, la non-discrimination instaurerait l'obligation d'accorder le même traitement à toutes les entreprises et interdirait les discriminations en fonction de la nationalité, notamment en exigeant de reconnaître à toutes les entreprises étrangères les mêmes droits ainsi que les mêmes recours devant les juridictions et autorités spécialisées¹³⁹⁰. L'incorporation du principe ne causerait pas de difficultés majeures. Car, tel que le soulignent les travaux du groupe de travail de l'OMC, il est difficile d'imaginer une situation où un droit national de la concurrence opérerait une distinction fondée sur la nationalité des entreprises, par exemple, en acceptant certains agissements anticoncurrentiels d'entreprises relevant d'un pays donné tout en prohibant les mêmes actes de la part d'entreprises ressortissantes d'un autre pays¹³⁹¹. Effectivement, la plupart des législations, voire aucune, ne procèdent à ce genre de distinction¹³⁹².

527. L'introduction d'un principe non-discrimination dans un accord sur la concurrence aiderait surtout à obtenir une consécration officielle de l'interdiction d'utiliser le droit de la concurrence pour favoriser les entreprises nationales¹³⁹³. Dans un contexte de

¹³⁸⁸ Cf. Section 1 : Des principes à incidence concurrentielle : Chapitre 1^{er}, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹³⁸⁹ Cf. Section 1 : Des principes à incidence concurrentielle : Chapitre 1^{er}, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹³⁹⁰ Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 186 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 309 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 16.

¹³⁹¹ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, p. 8-9.

¹³⁹² OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/222, p. 4 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 16.

¹³⁹³ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 309.

mondialisation économique où les entreprises cherchent à obtenir l'adoption de réglementations qui leur soient favorables, en exerçant des pressions sur les autorités nationales, l'édiction d'un principe de traitement national spécifique au droit et à la politique de la concurrence permettrait aux États de pouvoir mieux faire face à ce type de contraintes¹³⁹⁴. En effet, non seulement le principe servirait d'argument pour résister aux pressions émanant des entreprises, mais également d'un moyen de dissuader l'État qui prendrait de lui-même l'initiative de favoriser ses propres entreprises. Certes, l'hypothèse d'une législation opérant ouvertement une discrimination entre entreprises nationales et entreprises étrangères paraît peu probable. En revanche, des mesures ponctuelles frappant certains comportements et exonérant d'autres, ne sont pas à exclure. Pour preuve, la tolérance à l'égard des ententes à l'exportation représente bien un élément avantageant les entreprises nationales, même si le critère d'exonération ne reposerait pas sur la nationalité des acteurs mais plutôt sur la destination de l'opération.

528. L'apparence de la relative facilité d'incorporation du principe de non-discrimination dans un accord multilatéral sur la concurrence ne doit cependant pas masquer les potentielles difficultés que peut poser son volet « traitement de la nation la plus favorisée », particulièrement vis-à-vis des accords bilatéraux¹³⁹⁵. Instituant, par définition, un mécanisme de coopération uniquement entre les parties signataires¹³⁹⁶, les instruments bilatéraux conclus dans le domaine de la concurrence risquent de rentrer en totale contradiction avec un principe de traitement de la nation la plus favorisée applicable à la matière, dans la mesure où le principe exige l'extension aux autres membres de l'OMC de tout avantage commercial concédé à un membre donné. Afin de ne pas annihiler les effets bénéfiques démontrés jusqu'ici par la coopération bilatérale dans l'encadrement de la concurrence internationale¹³⁹⁷, il serait souhaitable que l'accord sur la concurrence prévoie une exception, en encourageant expressément ladite coopération et en excluant du champ de la clause de la nation la plus favorisée, les accords bilatéraux facilitant l'application des droits nationaux de concurrence¹³⁹⁸. Cela semble tout à fait possible, d'autant plus qu'il existe un précédent susceptible de faire office de modèle. Il s'agit bien évidemment de l'article XXIV du GATT, qui encourage la conclusion d'accords d'intégration économique et reconnaît la

¹³⁹⁴ Habib KAZZI, *opt. cit.*, p. 475 ; Bienvenu OKIEMY, « L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence », *art. cit.*, p. 67.

¹³⁹⁵ OMC, *opt. cit.*, WT/WGTCP/6, p. p. 9 ; Andreas HEINEMANN, *art. cit.*, p. 309.

¹³⁹⁶ Cf. Chapitre 2 : Les insuffisances des accords bilatéraux : Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹³⁹⁷ V. Section 1 : L'organisation de la coopération bilatérale : Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹³⁹⁸ Andreas HEINEMANN, *art. cit.*, p. 309 ; OMC, *opt. cit.*, WT/WGTCP/W/222, p. 6.

validité des unions douanières ainsi que les zones de libre-échange. Sans sa présence, les zones d'intégration économique auraient constitué une violation flagrante de la clause de la nation la plus favorisée, parce qu'instaurant une discrimination expresse entre les membres de la zone et les autres États. L'examen du critère de leur admission révèle que leur validité est subordonnée à leur contribution à la finalité poursuivie par les accords de l'OMC. Elles doivent ainsi avoir pour « *objet de faciliter le commerce entre les territoires constitutifs et non d'opposer des obstacles au commerce d'autres parties contractantes avec ces territoires* »¹³⁹⁹. Autrement dit, les unions douanières et zones de libre-échange s'inscrivent dans la finalité du GATT et ne dressant pas de barrières au commerce avec les autres membres de l'OMC, sont valables et leur création mérite un encouragement. Les exemples existants en la matière ont démontré qu'en termes de suppression d'obstacles au commerce interétatique, elles font mieux que l'organisation s'occupant des échanges mondiaux. Les cas de l'Union européenne et de l'ALENA suffisent comme illustration¹⁴⁰⁰.

529. La démarche adoptée pour le GATT et les zones d'intégration économique pourrait se transposer de la sorte au domaine de la concurrence et se traduire par une admission de tous les instruments bilatéraux et régionaux dont l'objet coïnciderait avec celui de l'accord multilatéral. L'émission d'une telle réserve constituerait presque une nécessité, en ce que l'accord OMC préconisé ici ne vise pas la création d'un droit matériel supranational, mais l'élaboration de principes communs, accompagnés de dispositions régissant des branches clefs de la matière concurrentielle, avec un renforcement de la coopération dans l'application des législations nationales. Pour l'heure, il serait illogique de se passer des bienfaits de la coopération bilatérale¹⁴⁰¹.

530. La difficulté relative à l'articulation entre le principe en question et les accords bilatéraux étant réglée, une autre difficulté, ou plutôt une interrogation ayant trait au choix entre discrimination *de jure* ou discrimination *de facto* mérite également quelques éléments de réponse. Invoquant le souci d'éviter un débordement sur d'autres domaines, par exemple la politique industrielle, une opinion très répandue propose de limiter la portée des principes à incorporer dans un accord multilatéral sur la concurrence, uniquement aux cas de discrimination *de jure*. Il est vrai que, comme le rappelle le groupe de travail de l'OMC, en

¹³⁹⁹ Paragraphe 4 de l'article XXIV du GATT.

¹⁴⁰⁰ Pour des développements sur les zones d'intégration économique, cf. : B/ Les accords à finalité commerciale ou économique : Paragraphe II, Section 1, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁴⁰¹ Selon Monsieur Benoît MERKT, un accord OMC sur la concurrence devrait procéder au renforcement du « *contenu et la portée des différents accords bilatéraux d'entraide administrative internationale* » : opt. cit., p. 377.

l'état actuel des choses, « *difficile de distinguer les cas potentiels de discrimination de facto de l'application de la règle de raison dans des conditions de marché particulières et de l'exercice raisonnable de la discrétion d'intenter ou non une action sur la base de facteurs objectifs* »¹⁴⁰². La détection d'un tel type de discrimination requiert examen au cas par cas qui risque effectivement de soulever beaucoup de difficultés, d'autant plus que le système de règlement des différends de l'OMC ne paraît pas compétent pour « *déterminer la compatibilité d'une décision judiciaire ou administrative* » d'un État membre vis-à-vis de ses propres « *législation et pratique nationales* » ; une telle tâche relevant de la compétence du système judiciaire des États, les « *groupes spéciaux de l'OMC seraient particulièrement mal placés pour la remplir* »¹⁴⁰³. Raison pour laquelle un certain nombre de membres, dont l'Union européenne, ont présenté dans leurs communications une demande visant à exclure la discrimination *de facto*¹⁴⁰⁴. Ils ont été rejoints par le groupe de travail susmentionné qui, malgré l'intérêt manifesté en direction de l'application des deux concepts de discrimination dans le cadre d'un éventuel accord multilatéral sur la concurrence¹⁴⁰⁵, choisit néanmoins de conclure à l'impossibilité d'appliquer dans le contexte de l'OMC, la « *notion de discrimination de facto au cas par cas telle qu'elle est utilisée dans le contexte de la législation sur la concurrence* »¹⁴⁰⁶. Mais quel impact auraient une clause de la nation la plus favorisée et un principe de traitement national qui ne s'appliqueraient pas aux discriminations de fait ? Les discriminations résultant de la lettre des législations nationales étant quasi-inexistantes¹⁴⁰⁷, le défaut de couverture des autres formes de discrimination équivaldrait à une sorte de maintien du statu quo. Par conséquent, l'impact de l'intervention normative risque d'être fort limité. Afin d'éviter une telle situation, il conviendrait de ne pas limiter les principes à la discrimination *de jure*. L'accord projeté pourrait, par exemple, se garder d'énoncer toute limitation expresse et se contenter d'édicter les principes. Ce qui laisserait une marge de manœuvre à la jurisprudence pour pouvoir appréhender dans certaines circonstances, les discriminations *de facto*. D'ailleurs les principes en question, tels qu'appliqués dans le droit positif de l'OMC, ne se limitent pas exclusivement à la

¹⁴⁰² OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, p. 9.

¹⁴⁰³ *Etats-Unis – Mesures antidumping visant les tôles d'acier oxydable en rouleaux et les feuilles et bandes d'acier inoxydable en provenance de Corée*, rapport du groupe spécial, WT/DS179/R, 22 décembre 2000, paragraphe 6.50, p. 25 ; OMC, *Principes fondamentaux dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence*, 6 février 2003, WT/WGTCP/W/221, paragraphe 38, p. 13-14.

¹⁴⁰⁴ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/222, p. 5.

¹⁴⁰⁵ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/221, paragraphe 36, p. 13.

¹⁴⁰⁶ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/221, paragraphe 38, p. 13-14.

¹⁴⁰⁷ V. OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/222, p. 4 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 16.

discrimination de droit¹⁴⁰⁸. Alors, l'on pourrait procéder de la sorte avec un instrument sur la concurrence. Intéressons-nous maintenant aux possibilités d'incorporation d'un autre principe fondamental de l'organisation, à savoir la transparence.

B/ La transparence

531. Le principe de transparence tel que prévu actuellement par les piliers de l'OMC, précisément les articles X du GATT, III de l'AGCS et 63 de l'Accord sur les ADPIC, se décline en une obligation de publication ou de mise à disposition du public de l'ensemble des lois, règlements et décisions, ainsi qu'en une obligation de notification auprès du secrétariat de l'organisation et des autres membres, des diverses interventions normatives effectuées par les États¹⁴⁰⁹. Occupant une place importante dans le système commercial multilatéral car offrant aux acteurs du marché les informations essentielles leur permettant d'apprécier les conditions de réalisation des transactions commerciales, et facilitant le contrôle des engagements souscrits à l'OMC, la transparence paraît encore plus en exigée dans le domaine de la concurrence où les législations se trouvent généralement rédigées en des « *termes généraux, sous la forme d'un cadre* » et « *appliquées techniquement au cas par cas* »¹⁴¹⁰. Outre la prévisibilité et la sécurité juridique qu'elle créerait, son incorporation dans un instrument multilatéral relatif à la concurrence contribuerait non seulement à l'élaboration d'une « *culture de la concurrence* »¹⁴¹¹, mais représenterait également un moyen de pallier les éventuelles insuffisances du principe de non-discrimination, notamment par la facilitation de la détection d'autres types de discrimination qui ne relèveraient pas du cas par cas¹⁴¹².

532. L'application de l'engagement de transparence dans l'accord sur la concurrence se traduirait donc, suivant les modèles des accords existants, d'un côté par une obligation de publication de l'ensemble de la réglementation pertinente relative à la matière, c'est-à-dire les lois, règlements et décisions d'application générale ; et d'un autre côté, par

¹⁴⁰⁸ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 312 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/7, p. 29.

¹⁴⁰⁹ Cf. III – Le principe de transparence : Section 1, Chapitre 1^{er}, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage ; OCDE, « *Principes fondamentaux* » dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence, 1^{er} octobre 2002, COM/DAFFE/TD(2002)49/FINAL, p. 3.

¹⁴¹⁰ OCDE, « *Principes fondamentaux* » dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence, p. 3 et p. 8-9 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/221, p. 1-2.

¹⁴¹¹ OCDE, « *Principes fondamentaux* » dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence, p. 9 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/221, p. 6.

¹⁴¹² Habib KAZZI, opt. cit., p. 477.

l'obligation des États de notifier à l'OMC ladite réglementation, avec précision de leurs exclusions et exemptions sectorielles respectives¹⁴¹³. Les modalités d'accomplissement de la première obligation pourraient s'inspirer de ce qui se fait déjà dans le cadre interne, où la réglementation et la jurisprudence concernant la concurrence se trouvent couchées sur un support physique accessible au public ou un support virtuel ouvert à tout le monde. Par exemple en France, les dispositions concurrentielles sont codifiées dans le Code de commerce, un instrument accessible à tout un chacun, et les décisions de l'autorité de la concurrence mises à disposition du public via son site internet. L'exemple s'applique également au niveau européen, avec la présence des deux supports à la fois pour les textes et la jurisprudence. L'accord OMC pourrait ainsi, à titre d'obligation de transparence, imposer aux États membres de regrouper leurs réglementations pertinentes dans un document imprimé accessible au public et actualisé régulièrement. Aux fins de garantir l'accès effectif à l'information juridique, la publication du support papier se doublerait d'une obligation de mise en ligne de son contenu sur un site internet dédié ou sur celui de l'autorité nationale chargée de la concurrence. De telles mesures présentent l'avantage de pouvoir susciter aisément un consensus, en ce sens que les États membres de l'organisation ont déjà l'habitude d'appliquer, de leur propre initiative, ce genre de dispositifs, du moins pour les plus démocratiques d'entre eux. D'ailleurs, le groupe de travail de l'OMC ne s'y trompe pas. Il propose les mêmes mesures : publication sous « *forme imprimée dans un journal officiel* » ou moyen analogue et publication virtuelle sur un « *site Web accessible au public* »¹⁴¹⁴. Ceci dit, la communication de la réglementation pertinente devrait être assortie d'exceptions limitant sa portée, ce afin de ne pas être trop disproportionnée et empêcher la protection d'informations confidentielles. Ainsi, à l'instar des tempéraments apportés par la jurisprudence à l'obligation de transparence prévue dans le cadre du GATT¹⁴¹⁵, il pourrait être envisagé de ne pas étendre l'engagement de transparence de l'accord proposé, aux décisions administratives individuelles qui n'établissent pas de nouveaux critères¹⁴¹⁶. La garantie de la confidentialité des renseignements, notamment les informations relevant du secret des affaires, méritait aussi une

¹⁴¹³ C'est ce que préconise également le groupe de travail de l'OMC sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, dans son rapport annuel de 2002 : opt. cit., WT/WGTCP/6, p. 6. V. aussi : Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 15.

¹⁴¹⁴ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, p. 6.

¹⁴¹⁵ Saisi d'une prétendue violation de l'article X:1 du GATT pour cause de défaut de publication de certaines mesures prises par les autorités japonaises de la concurrence, le groupe spécial chargé de l'examen de l'affaire *Japon – Pellicules* déclare que l'obligation de transparence ne s'étend aux décisions administratives concernant les particuliers ou des entités spécifiques que lorsqu'elles « *établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir* » : Rapport du groupe spécial, opt. cit., WT/DS44/R, paragraphe 10.388, p. 574-7575.

¹⁴¹⁶ V. OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/221, p. 5 ; et WT/WGTCP/6, p. 7-8.

énonciation expresse. La prévision d'une telle exception paraît même inéluctable, sous peine de compromettre l'aboutissement du projet. Parce qu'on imagine mal les États approuver un accord qui leur impose le respect d'une transparence au point de ne pas pouvoir préserver les secrets de leurs entreprises. Il faudra donc s'aligner sur le modèle des actuelles dispositions sur la transparence figurant dans les piliers et autres accords de l'OMC, lesquelles comportent toutes une exception indiquant dans diverses circonstances, que les États membres ne sont pas tenus de dévoiler des informations confidentielles¹⁴¹⁷. Qu'en est-il maintenant de l'incorporation du dernier principe fondamental, à savoir l'équité au plan de la procédure ?

C/ L'équité au plan de la procédure

533. Certains aspects du principe d'équité procédurale se trouvent déjà couverts grâce aux principes de la nation la plus favorisée et de la transparence¹⁴¹⁸. Mais ce dernier étant, d'après une étude de l'OCDE, beaucoup plus ancré dans le domaine de la politique de la concurrence que celui de la politique commerciale¹⁴¹⁹, alors son intégration en tant que principe autonome dans un accord multilatéral sur la concurrence, ne paraît pas superflue. Prévue, au niveau des piliers de l'institution, par les articles X du GATT, VI de l'AGCS, 41 et 62 de l'Accord sur les ADPIC, l'équité au plan de la procédure consiste en une obligation de garantie de procédures loyales et équitables, ainsi que l'instauration de voies de recours adéquates¹⁴²⁰. Présente dans la plupart des régimes nationaux de concurrence sous des formulations diverses¹⁴²¹, sa prise en considération ne poserait pas grande difficulté, pour la simple raison que les travaux du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence ont permis de dégager des points communs susceptibles de générer un consensus au sein des États. Son sixième rapport annuel insiste sur la caractéristique commune liée au fait que les régimes en question octroient tous des garanties

¹⁴¹⁷ V. article X : 1 du GATT, article IIIbis de l'AGCS, article 63.4 de l'accord sur les ADPIC, ... etc.

¹⁴¹⁸ Habib KAZZI, opt. cit., p. 475 ; OCDE, « *Principes fondamentaux* » dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence », opt. cit., p. 21.

¹⁴¹⁹ OCDE, « *Principes fondamentaux* » dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence », opt. cit., p. 20.

¹⁴²⁰ OCDE, « *Principes fondamentaux* » dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence », opt. cit., p. 20 ; OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, *Dispositions des accords actuels de l'OMC relatives à l'équité au plan de la procédure*, Note d'information du secrétariat, 22 mai 2003, WT/WGTCP/231, paragraphe 16, p. 5-6 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/222, p. 8.

¹⁴²¹ OMC, opt. cit. cit., WT/WGTCP/6, p. 13 ; OCDE, « *Principes fondamentaux* » dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence », opt. cit., p. 20.

visant la reconnaissance et le respect des droits des parties subissant une décision défavorable et des sanctions¹⁴²². Suite à une analyse détaillée desdites garanties, les rédacteurs du rapport identifient quatre grands concepts permettant la prise en compte de l'équité procédurale dans la perspective d'un instrument multilatéral sur la concurrence. Rejoignant sur plusieurs aspects les propositions formulées dans la Communication de la Communauté européenne¹⁴²³, les concepts sont : « i) le droit d'accès et le droit d'adresser une requête à l'institution chargée de la concurrence ; ii) le droit d'une entreprise faisant l'objet d'une enquête à connaître les griefs de l'autorité antitrust avant toute action de sa part et à y répondre ; iii) le droit de faire appel de la décision de l'autorité ; et iv) l'absence de délais indus »¹⁴²⁴. Ils peuvent être résumés en droits d'accès à la justice concurrentielle, le respect des droits de la défense et la proscription des délais abusifs. Adhérant entièrement aux propositions, nous pensons que leur inclusion dans un accord OMC sur la concurrence s'accommoderait aisément de la situation de diversité des régimes juridiques nationaux, car les principes en question ne sont pas spécifiques au domaine de la concurrence mais concernent l'application de la justice de manière générale et devraient logiquement se retrouver dans le fonctionnement juridictionnel et administratif de tout État démocratique digne de ce nom. Un autre principe mérite également une place dans l'accord préconisé. Il s'agit du traitement spécial et différencié.

III – La consécration d'un principe de traitement spécial et différencié

534. Le traitement spécial et différencié n'existe pas en tant que tel comme principe dans les accords de l'OMC. L'expression correspond, en réalité, à un ensemble de dispositions spécifiques présentes dans lesdits accords, énonçant à la fois des droits spéciaux au bénéfice des pays en développement et une faculté pour les pays développés d'accorder à ces derniers un traitement plus favorable qu'aux autres membres de l'organisation¹⁴²⁵. Qualifiées de « *dispositions relatives au traitement spécial et différencié* », leur nombre

¹⁴²² OMC, opt. cit. cit., WT/WGTCP/6, p. 13

¹⁴²³ V. OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/222, p. 8.

¹⁴²⁴ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 30, p. 13.

¹⁴²⁵ OMC, « Travaux consacrés aux dispositions relatives au traitement spécial et différencié », www.wto.org/french/Tratop_f/dev_special_differential_provisions_f.htm (consulté le 26/02/2015).

s'élève actuellement à cent-quarante-huit¹⁴²⁶. Elles se traduisent concrètement par plus de flexibilité dans la mise en œuvre des engagements contractés, des mesures encourageant l'augmentation des possibilités commerciales des pays en développement, l'imposition d'une protection des intérêts des pays en question ainsi qu'une assistance technique visant à les aider à prendre part aux travaux de l'OMC¹⁴²⁷. Si elles ne bénéficient pas de la qualité de principe fondamental à l'instar de la non-discrimination et la transparence¹⁴²⁸, la présence massive des dispositions dans l'arsenal juridique de l'institution responsable du commerce mondial paraît en revanche incontestable. Ce qui en fait un principe commun et augmente les chances d'obtention d'un consensus, en vue de l'adoption d'un nouveau dispositif. Outre ce constat, le traitement spécial et différencié désigne surtout un élément dont l'intégration ou non dans un instrument sur la concurrence conditionnerait l'adhésion des pays en développement. Il représente un principe très important pour eux. D'ailleurs ils ne se contentent plus d'une simple affirmation de principe, comme le fait par exemple la déclaration ministérielle de Doha dans le cadre des travaux du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, en énonçant qu'il sera « *pleinement tenu compte des besoins des pays en développement et pays les moins avancés participants et une flexibilité appropriée sera prévue pour y répondre* »¹⁴²⁹. Les pays en développement ont en effet réussi à obtenir lors de la Conférence ministérielle de Bali, qui s'est tenue du 3 au 6 décembre 2013, la création d'un mécanisme de surveillance visant à contrôler la mise en œuvre des dispositions portant sur le traitement spécial et différencié¹⁴³⁰. Et pour un éventuel accord multilatéral sur la concurrence, ils souhaiteraient que le principe en question figure parmi ses principes fondamentaux¹⁴³¹. Au regard de toutes leurs craintes légitimes exprimées par rapport à l'idée d'adopter un tel accord¹⁴³², les autres membres de l'organisation, précisément les États développés, se doivent de les rassurer et accepter

¹⁴²⁶ OMC, *Dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords et décisions de l'OMC*, Note d'information du Secrétariat, 14 juin 2013, WT/COMTD/W/196, p. 5.

¹⁴²⁷ OMC, « Travaux consacrés aux dispositions relatives au traitement spécial et différencié », art. cit., www.wto.org ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 479.

¹⁴²⁸ Quoique dans le cinquième rapport annuel du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, il est mentionné que, « *en ce qui concerne le principe du traitement spécial et différencié, l'opinion a été exprimée que c'était un autre principe fondamental lié au système commercial multilatéral qui devait se traduire par des dispositions spécifiques dans tout accord multilatéral sur la concurrence* » : OMC, opt. cit., WT/WGTCP/5, paragraphe 31, p. 12.

¹⁴²⁹ OMC, opt. cit., WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphe 25.

¹⁴³⁰ OMC, « Travaux consacrés aux dispositions relatives au traitement spécial et différencié », art. cit., www.wto.org ; OMC, Décision ministérielle du 7 décembre 2013 sur le Mécanisme de surveillance pour le traitement spécial et différencié, WT/MIN(13)45, WT/L/920, 11 décembre 2013.

¹⁴³¹ Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 7.

¹⁴³² Cf. II – Les obstacles à la conclusion d'un accord OMC sur la concurrence : Section 1, Chapitre 1^{er}, Titre 2 de la Partie 2 du présent ouvrage ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/7, paragraphe 17, p. 6.

l'incorporation d'un principe fondamental de traitement spécial et différencié¹⁴³³. Parce qu'à notre avis, les pays en développement ne disposent pas d'autres moyens offrant l'assurance d'une prise en compte de leurs spécificités ainsi que de leur besoin de développement économique. En empruntant le contenu du code de la CNUCED sur ce point¹⁴³⁴, cumulé aux propositions du groupe de travail de l'OMC¹⁴³⁵, le principe pourrait consister en : - l'octroi en faveur des pays en développement, de délais beaucoup plus longs pour l'élaboration d'un droit interne en matière de concurrence et la mise en place de structures chargées de son contrôle ; - l'obligation des autres membres de préserver lors de leurs contrôles des pratiques commerciales restrictives, les intérêts commerciaux desdits pays ; - la reconnaissance du besoin de développement économique des États concernés, avec une possibilité d'exemption de certains cartels d'exportation nécessaires à la survie d'une branche de l'économie nationale. Aux fins d'éviter un détournement de finalités des dispositions, puis rassurer cette fois-ci les pays développés, il pourrait être envisagé dans le cadre du nouveau mécanisme de surveillance de la mise en œuvre des textes relatifs au traitement spécial et différencié, d'identifier les États qui ne mériteraient plus de bénéficier de l'application du principe, en raison des progrès économiques accomplis et de la présence en leur sein, d'institutions adéquates pour régir la concurrence. L'hypothèse se concevrait aisément dans le cas d'un membre qui passerait d'une situation de sous-développement à celle d'une économie émergente.

535. Les principes ainsi énumérés présideraient donc à l'encadrement multilatéral de la concurrence. Ils se compléteraient par un ensemble de règles matérielles appréhendant les situations anticoncurrentielles unanimement condamnées, ainsi que par une organisation de la coopération dans le cadre de la mise en œuvre des différentes législations nationales.

Section 2 : Des dispositions sur les pratiques anticoncurrentielles unanimement condamnées et l'organisation de la coopération

536. À quoi ressemblerait un accord multilatéral sur la concurrence qui ne contiendrait pas de dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles traditionnelles, à

¹⁴³³ Pour d'autres opinions favorables à l'idée d'intégrer un principe fondamental de traitement spécial et différencié dans un éventuel accord OMC sur la concurrence, consulter les rapports annuels 2003 et 2003 : OMC, opt. cit., WT/WGTCP/7, paragraphe 39, p. 13 et WT/GTTP/5, paragraphe 31, p. 12.

¹⁴³⁴ V. CNUCED, *L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, opt. cit., p. 13.

¹⁴³⁵ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 35, p. 15-16 ; opt. cit., WT/WTCP/5, paragraphes 31-32, p. 12-13.

savoir les ententes, les abus de positions dominantes et les concentrations d'entreprises dépassant le seuil concurrentiel ? Sans la présence de telles dispositions, il serait très difficile de parler d'accord sur la concurrence, tant elles représentent les branches prépondérantes de la matière. Leur incorporation paraît d'autant plus nécessaire qu'elles concernent les comportements des acteurs privés, dont le défaut de couverture par les actuelles règles de l'OMC est souligné dans la présente thèse¹⁴³⁶. Ainsi, sans minimiser l'intégration des principes de non-discrimination et de transparence, le principal apport d'un instrument international sur la concurrence consisterait donc dans l'édiction de normes sur des pratiques privées communément considérées comme anticoncurrentielles (I) et dans la mise en place d'une coopération multilatérale facilitant l'application des différentes législations nationales relatives à la question (II).

I – L'encadrement des comportements anticoncurrentiels classiques

537. Les ententes, abus de position dominante et fusions anticoncurrentielles désignent des éléments communs à tous les régimes de concurrence. En tout cas, ils composent les droits américain et européen de la concurrence¹⁴³⁷, deux principaux systèmes d'encadrement qui, selon Monsieur Nicolas Ligneul, ont inspiré les autres droits sur la question¹⁴³⁸. Le consensus sur le caractère nocif des premières, notamment celles qualifiées d'« ententes injustifiables », est reconnu par l'OMC elle-même, qui les avait rangées dans la liste des éléments soumis à un examen approfondi dans le cadre des travaux du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence¹⁴³⁹. Certes, l'activité de l'OCDE y est pour beaucoup : son œuvre a permis non seulement la sensibilisation des États au danger des ententes, mais aussi l'identification des types de pratiques unanimement condamnées¹⁴⁴⁰. Les pratiques correspondent aux accords entre concurrents portant sur la

¹⁴³⁶ Cf. Chapitre 1^{er} : Un droit de la concurrence incomplet : Titre 1 de la Partie 2 du présent ouvrage.

¹⁴³⁷ Cf. Section 2 : Des règles matérielles de concurrence incorporées dans les accords de l'OMC : Chapitre 1^{er}, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁴³⁸ Nicolas LIGNEUL, « Droit international de la concurrence : plaidoyer pour une approche intégrée et progressive », art. cit., p. 462.

¹⁴³⁹ V. la Déclaration ministérielle de Doha : opt. cit., WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphe 25.

¹⁴⁴⁰ V. sa Recommandation de 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables et les rapports sur sa mise en œuvre : OCDE, opt. cit., C(98)35/FINAL ; OCDE, *Les ententes injustifiables*, opt. cit., 67 p. ; OCDE, *Les ententes injustifiables : progrès récents et défis futurs*, opt. cit., 68 p. ; OCDE, *Les ententes injustifiables : troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998 de l'OCDE*, opt. cit., pp. 7-59.

fixation des prix, les soumissions concertées, les restrictions ou quotas à la production, les partages de marchés¹⁴⁴¹. Le groupe de travail de l'OMC, dans sa recherche des pratiques anticoncurrentielles qui seraient susceptibles de faire l'objet d'un consensus de la part des États membres, s'est donc focalisé sur les questions d'ententes. En même temps, il n'était pas expressément invité à étendre ses travaux aux cas d'abus de position dominante et de concentrations¹⁴⁴². Sur ces deux éléments, malgré les différences importantes dans les législations nationales de concurrence, la convergence enregistrée à ce jour paraît suffisamment conséquente pour permettre un consensus et envisager au moins, une définition commune des abus de position dominante et des concentrations anticoncurrentielles¹⁴⁴³. Affectant les marchés nationaux et internationaux au même titre que les ententes, il n'existe ainsi pas de raisons que les deux derniers types pratiques ne soient pas pris en considération pour un éventuel accord sur la concurrence. Sinon, le droit de l'organisation demeurerait décalé par rapport à la mondialisation des comportements anticoncurrentiels. Aux fins d'éviter une telle situation, le texte devrait, en sus d'édicter des dispositions relatives aux ententes, traiter des abus de position dominante et des concentrations.

538. S'agissant de l'incorporation des ententes, il sera d'abord question d'ententes injustifiables, autrement dit la catégorie d'ententes horizontales regroupant les cas les plus graves et généralement considérés comme illégaux en soi (interdiction *per se*) dans la quasi-totalité des législations nationales de concurrence¹⁴⁴⁴. C'est elle que visent les travaux de l'OCDE et du groupe de travail de l'OMC. Et c'est sur elle que porte le consensus évoqué plus haut. Sa prise en considération dans le cadre de l'accord sur la concurrence pourrait se réaliser simplement par le truchement d'une appropriation du contenu de la recommandation de l'OCDE de 1998¹⁴⁴⁵. En effet, cette dernière établit une définition des pratiques concernées, laquelle pourrait être reprise telle quelle et faire office de définition commune. Elle est énoncée ainsi : « *on entend par "entente injustifiable" un accord anticoncurrentiel, une pratique concertée anticoncurrentielle ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des*

¹⁴⁴¹ OCDE, opt. cit., C(98)35/FINAL.

¹⁴⁴² La Déclaration ministérielle de Doha ne mentionne que les ententes injustifiables. V. OMC, opt. cit., WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphe 25.s

¹⁴⁴³ Nicolas LIGNUEUL, « Droit international de la concurrence : plaidoyer pour une approche intégrée et progressive », art. cit., p. 462 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'écllosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 187-192.

¹⁴⁴⁴ Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'écllosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 187 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 17.

¹⁴⁴⁵ OCDE, opt., cit., C(98)35/FINAL ; D. GRISAY, art. cit., p. 8 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 18.

restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou lignes d'activité »¹⁴⁴⁶. Invitant les États à combattre sévèrement ces pratiques par le biais d'une édicition de sanctions dissuasives et d'une mise en place de procédures efficaces facilitant leur détection, la recommandation propose l'instauration d'une coopération internationale pour l'application des règles interdisant lesdites pratiques¹⁴⁴⁷. Le groupe de travail de l'OMC s'inscrit dans la même direction. Il s'appuie sur la recommandation dans le cadre ses travaux, notamment en la mentionnant lors de différentes réunions tenues en 1998, 1999 et 2000¹⁴⁴⁸ ; puis reconnaît que les ententes injustifiables désignent « *la pratique anticoncurrentielle la plus pernicieuse sur les plans du commerce et du développement* », qu'elles compromettent les avantages susceptibles de résulter de la libéralisation du commerce, tout affectant le bien-être ainsi que les perspectives de développement des pays pauvres¹⁴⁴⁹ ; et plaide en faveur de l'inclusion dans un éventuel instrument multilatéral sur la concurrence, de dispositions visant à les régir¹⁴⁵⁰. Pour ce faire, le groupe propose une consécration de l'interdiction des ententes injustifiables et l'établissement de mesures encourageant l'échange d'informations à leur sujet¹⁴⁵¹. Souscrivant entièrement aux propositions ainsi formulées, nous pensons que l'accord OMC devrait contenir un engagement des États sur la prohibition *per se* des ententes injustifiables et l'édicition de sanctions dissuasives à l'encontre de leurs auteurs. Fondé sur une définition claire de la matière qui emprunte le contenu de celle établie par l'OCDE, le texte prévoirait des mécanismes facilitant la détection des pratiques, en admettant expressément, par exemple, l'utilisation des programmes de clémence¹⁴⁵², puis encouragerait la coopération internationale dans l'application des législations relatives à la question. Aussi, il serait intéressant de ne pas se limiter au cas des seules ententes injustifiables. Les autres ententes horizontales, c'est-à-dire celles dont l'effet anticoncurrentiel s'apprécie au cas par cas parce que présentant d'autres effets bénéfiques¹⁴⁵³, mériteraient également d'être prises en

¹⁴⁴⁶ OCDE, opt. cit., C(98)35/FINAL : point 2 du A. Convergence et efficacité des législations interdisant les ententes injustifiables.

¹⁴⁴⁷ OCDE, opt. cit., C(98)35/FINAL : B. Coopération et courtoisie internationales pour l'application des législations interdisant les ententes injustifiables.

¹⁴⁴⁸ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/191, paragraphe 2.

¹⁴⁴⁹ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/W/191, paragraphes 7-9 ; opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 49.

¹⁴⁵⁰ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 49.

¹⁴⁵¹ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 53.

¹⁴⁵² Pour des développements sur l'utilisation des programmes de clémence aux fins d'amélioration de la détection des ententes injustifiables, Cf. : Véronique SELINSKY, « Mondialisation et ententes injustifiables », art. cit., p. 376 et s. ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 51.

¹⁴⁵³ Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 188 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 17.

compte ; de même que pour les ententes verticales¹⁴⁵⁴. Les premières pourraient être soumises à la règle de raison (*rule of reason*)¹⁴⁵⁵, tandis que les deuxièmes ne feraient l'objet d'encadrement que pour les points sur lesquels il existe un consensus au sein des États, le temps de dépasser les actuelles controverses sur le sujet¹⁴⁵⁶. Mais un accord OMC sur la concurrence devrait surtout comporter des dispositions encadrant les ententes à l'exportation, car elles représentent la branche où le déficit juridique se ressent le plus. Comme rappelé à plusieurs reprises dans la présente thèse, elles sont généralement tolérées dans la plupart des droits nationaux de concurrence¹⁴⁵⁷. Donc, avant toute chose, l'urgence se trouve du côté de l'encadrement de ce type de pratiques qui affectent directement la concurrence internationale. Tel que le souligne Monsieur Benoît Merkt, « *les cartels d'exportation constituent un cas de discrimination évident des marchés étrangers* »¹⁴⁵⁸. L'accord devrait poser un principe général de leur interdiction, puis imposer aux États de ne pas aménager des possibilités d'exemption, sauf en vertu de mesures prises au titre du principe de traitement spécial et différencié.

539. En ce qui concerne maintenant l'incorporation de dispositions relatives à l'abus de position dominante : contrairement aux ententes qui ne figurent nulle part dans les actuels accords de l'organisation, la position dominante fait, quant à elle, déjà l'objet d'encadrements ponctuels de la part de certains textes¹⁴⁵⁹. Ce qui constitue un atout non négligeable dans la perspective d'une recherche de consensus pour sa définition et son intégration dans un dispositif autonome, même si d'aucuns émettent de sérieux doutes quant aux possibilités d'atteindre un tel consensus¹⁴⁶⁰. Effectivement, l'appréciation de la position dominante

¹⁴⁵⁴ Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 187-189 ; Contribution du professeur Ulrich IMMENGA, « Règles de fond d'un droit international de la concurrence », in Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 32-33.

¹⁴⁵⁵ Ulrich IMMENGA, art. cit., p. 411 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/2, paragraphe 88 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 188.

¹⁴⁵⁶ Contribution du professeur Ulrich IMMENGA, « Règles de fond d'un droit international de la concurrence », in Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 32-33 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 310.

¹⁴⁵⁷ Cf. par exemple, A/ L'utilisation de la politique de concurrence à des fins stratégiques : Paragraphe I, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁴⁵⁸ Benoît MERKT, opt. cit., p. 384.

¹⁴⁵⁹ Cf. A/ La notion de pratiques anticoncurrentielles : Paragraphe II, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 2 de la Partie 1 de la présente thèse.

¹⁴⁶⁰ C'est notamment le cas du professeur Frédéric JENNY. Il énonce dans sa contribution dans le cadre du rapport du Groupe d'experts de la Commission européenne, qu'il sera « *extrêmement difficile de définir des règles communes pour les entraves verticales ou les abus de position dominante, à la fois parce qu'il n'existe pas de consensus, parmi les économistes, sur les mesures les plus appropriées en la matière et parce qu'il*

implique une étude analytique faisant appel à des critères de détermination de marchés pertinents ainsi que des seuils de caractérisation de la détention d'une telle position¹⁴⁶¹. Et au regard des spécificités propres à chaque régime de concurrence, il pourrait s'avérer difficile pour les États de se mettre d'accord sur ces éléments¹⁴⁶². Néanmoins, l'article VIII de l'AGCS sur les monopoles et fournisseurs exclusifs de services et l'article XVII du GATT relatif aux entreprises commerciales d'État prouvent que la matière peut bien susciter un consensus et intégrer un instrument multilatéral, puisqu'ils traitent tous deux de l'abus de position dominante. L'espoir semble d'autant plus permis que les diverses législations de concurrence partagent des points de convergence sur le sujet¹⁴⁶³. En effet, elles ne prohibent généralement pas l'exercice d'une position dominante mais condamnent l'abus de celle-ci ; autrement dit, plutôt que de cibler la protection des concurrents, les législations recherchent la préservation de la concurrence en tant que telle¹⁴⁶⁴. En outre, les activités auxquelles s'applique l'abus tournent, d'après un rapport du Bureau de la concurrence du Canada, autour de « *la vente exclusive, la vente liée, le contrôle des ressources rares, et les arrangements contractuels comportant une clause limitative* »¹⁴⁶⁵. L'accord OMC proposé en l'espèce ne visant pas d'emblée l'instauration d'un droit supranational sophistiqué mais l'adoption d'une approche intermédiaire qui fixe des standards et demande aux membres de créer les mesures adéquates pour combattre les pratiques incriminées, alors l'établissement d'une définition commune de l'abus de position dominante ainsi qu'une consécration de son interdiction, constitueraient déjà un bon début. Pour ce faire, d'aucuns préconisent de s'appuyer sur le modèle de l'article 86 du Traité CE¹⁴⁶⁶, donc l'actuel article 102 TFUE. Il reste cependant à convaincre les membres de l'organisation de ne pas y voir uniquement une exportation du droit européen.

pourrait y avoir conflit entre des mesures destinées à accroître la concurrence et l'efficacité et des mesures conçues pour garantir l'accès aux marchés » : Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 39-40.

¹⁴⁶¹ Pour développements sur les critères de définition de la position dominante et l'appréciation de l'abus, voir : A/ La notion de pratiques anticoncurrentielles : Paragraphe II, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁴⁶² Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 190. Selon le groupe de travail de l'interaction du commerce et la politique de concurrence, les « *types de pratiques anticoncurrentielles, telles que les abus de position dominante, ne se prêtaient pas à l'adoption d'un principe commun du fait que, d'une manière générale, ils faisaient l'objet d'approches nationales sensiblement différentes et que leur bonne application nécessitait une approche au cas par cas* » : OMC, opt. cit., WT/WGTCP/5, paragraphe 35.

¹⁴⁶³ Habib KAZZI, opt. cit., p. 528 et s. ; Nicolas LIGNEUL, art. cit., p. 462.

¹⁴⁶⁴ Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 190 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 19.

¹⁴⁶⁵ Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 18-19.

¹⁴⁶⁶ C'est notamment le cas de Monsieur Ulrich IMMENGA art. cit., p. 411 ; Contribution du professeur Ulrich IMMENGA, « Règles de fond d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 35.

Car, lorsque que l'on cherche un modèle de droit de la concurrence s'appliquant à des États souverains et ayant fait ses preuves depuis de longues dates, difficile de ne pas se diriger vers l'exemple européen. L'accord multilatéral relatif à la concurrence devrait, par conséquent, s'en inspirer pour l'incorporation de dispositions sur l'abus de position dominante. Sinon, le Code de la CNUCED offrirait aussi une base intéressante. Il présente l'avantage d'être déjà universel, d'où une probabilité de générer plus d'adhésions. Il appréhende la matière en utilisant l'expression « *position dominante de force sur le marché* » et en la définissant comme « *une situation où une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou d'un groupe de biens ou services particuliers* »¹⁴⁶⁷. Loin de se cantonner à une simple définition, le Code consacre dans une partie regroupant des dispositions destinées aux entreprises une proscription de l'abus de position dominante, tout en établissant une liste de comportements susceptibles de constituer un tel abus¹⁴⁶⁸.

540. Concernant enfin l'inclusion de règles régissant les concentrations, tout le monde s'accorde à dire qu'il s'agit d'une branche où l'obtention de consensus serait extrêmement difficile, d'abord parce que le degré de convergence des droits nationaux en ce domaine ne paraît pas suffisant, mais également à cause des liens étroits entre la matière et la politique économique, particulièrement la politique industrielle¹⁴⁶⁹. Les États n'ayant pas les mêmes intérêts, des divergences existent forcément entre leurs politiques économiques. Et comme le contrôle des concentrations se trouve parfois utilisé au service desdites politiques¹⁴⁷⁰, on imagine mal les États accorder de larges concessions sur le sujet. Les tensions politiques que suscite parfois la mise en œuvre des différents contrôles nationaux¹⁴⁷¹ témoignent de l'enjeu économique attaché à la matière. Pour l'heure, l'hypothèse la plus réaliste consisterait dans l'harmonisation des procédures internes de contrôle¹⁴⁷². La solution ne paraît pas révolutionnaire de prime abord, néanmoins elle apporterait une réponse

¹⁴⁶⁷ CNUCED, *L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, opt. cit., p. 10.

¹⁴⁶⁸ V. D. – Principes et règles conçus à l'intention des entreprises, y compris les sociétés transnationales : CNUCED, *L'Ensemble des principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, opt. cit., p. 13.

¹⁴⁶⁹ Contribution du professeur Ulrich IMMENGA, « Règles de fond d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 35 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 191 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 310.

¹⁴⁷⁰ Cf. A/ L'utilisation de la politique de concurrence à des fins stratégiques : Paragraphe II, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁴⁷¹ Cf. B/ Les risques de conflits politiques : Paragraphe II, Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁴⁷² Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 310 ; Contribution du professeur Ulrich IMMENGA, « Règles de fond d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 36 ; Habib KAZZI, p. 487.

intéressante aux conséquences négatives de l'application des contrôles susmentionnés, à savoir l'intervention de décisions contradictoires ainsi que les disparités dans les délais de traitement des projets de rapprochement d'entreprises¹⁴⁷³. Nous pensons donc, à l'instar de Monsieur Ulrich Immenga ou de Monsieur Walid Abdelgawad, que l'accord OMC sur la concurrence devrait édicter une procédure commune pour les notifications des projets de fusion, fixer des seuils standards, puis préciser les types d'information à communiquer à l'autorité nationale de concurrence¹⁴⁷⁴. Les travaux de l'OCDE faciliteraient grandement la tâche, notamment son « *Formulaire-cadre de notification et de déclaration pour les concentrations* », établi dans le cadre de son rapport relatif aux fusions transnationales¹⁴⁷⁵. Pour les opérations comportant une dimension internationale, il pourrait être prévu de recourir à l'arbitrage de l'ORD, en présence de décisions contradictoires des autorités nationales de concurrence les plus concernées par l'affaire. Ce dernier se limiterait à une simple vérification de la conformité des législations respectives par rapport au contenu de la réglementation de l'OMC. En cas de résultat positif, il s'abstiendrait de se prononcer sur la validité du projet et ferait uniquement office de médiateur entre les parties. L'idée consiste à bien signifier aux membres de l'organisation multilatérale, que l'ORD ne se dresserait pas en un organisme supranational chargé de censurer les décisions de leurs autorités internes se prononçant sur les projets de fusion, mais qu'il vise à encourager la convergence des procédures de contrôle, en réglant les éventuels blocages. Une telle mesure satisferait à la fois les États, qui obtiendraient l'assurance de conserver la mainmise sur leurs politiques de concurrence, et les entreprises, lesquelles sont demandeuses de cadre à ce niveau¹⁴⁷⁶.

541. Afin que les situations anticoncurrentielles internationales puissent être efficacement appréhendées par les droits nationaux qui vont reprendre les dispositions matérielles ainsi exposées, l'accord OMC devrait contenir des règles encadrant la coopération entre les différentes autorités internes chargées de la matière.

¹⁴⁷³ Pour des développements sur les conséquences négatives de l'application des contrôles internes de concentration, V. : Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 310 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 20 ; Section 2 : Les limites de l'extraterritorialité du droit de la concurrence : Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁴⁷⁴ Contribution du professeur Ulrich IMMENGA, « Règles de fond d'un droit international de la concurrence », art. cit., p. 35 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'écllosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 191.

¹⁴⁷⁵ OCDE, *Rapport sur la notification des fusions transnationales*, DAF/CLP(99)2/FINAL, p. 3. OCDE, *Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions*, 23 mars 2005, C(2005)54.

¹⁴⁷⁶ Pour des développements sur la demande des entreprises visant l'établissement de cadres juridiques en matière de concentrations de dimension internationale, Cf. : C/ Les arguments divers : Paragraphe I, Section 1, Chapitre 1^{er} du présent Titre 2 ; Michèle RIOUX, « Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », art. cit., p. 11-12.

II – La coopération dans l’application des législations sur la concurrence

542. Le chapitre sur les limites des accords bilatéraux dans l’encadrement des comportements anticoncurrentiels internationaux a permis de démontrer que malgré leurs diverses lacunes, l’apport de ces instruments de coopération est indéniable¹⁴⁷⁷. Il serait illogique de se passer de leurs acquis en termes de facilitation de l’application des législations nationales de concurrence, d’autant plus qu’au regard de la nature de l’accord multilatéral proposé ici, l’efficacité escomptée ne saurait être au rendez-vous sans l’instauration d’une coopération effective entre les autorités des différents États membres. L’accord OMC devrait donc édicter des dispositions reprenant les modalités de coopération communément établies dans le cadre des instruments bilatéraux. Les points communs sont vite trouvés, dans la mesure où les textes s’appuient quasiment tous sur les recommandations de l’OCDE, en particulier celles de 1986 et 1995 relatives à la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux¹⁴⁷⁸. Trois d’entre eux paraissent intéressants et mériteraient, à notre sens, de figurer dans un dispositif multilatéral. Il s’agit de la notification des procédures, l’échange d’informations et la courtoisie¹⁴⁷⁹. Le groupe de travail de l’interaction du commerce et de la politique de concurrence retient les mêmes éléments, puis suggère d’y ajouter l’assistance technique¹⁴⁸⁰. L’approche est également préconisée par le Bureau de la concurrence du Canada, qui propose de s’inspirer de la recommandation de 1995 susmentionnée, et par une partie de la doctrine¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁷ Section 1 : L’organisation de la coopération bilatérale : Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁴⁷⁸ Cf. I – Les accords exclusifs sur la concurrence: Section 1, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage ; OCDE, opt. cit., C(86)44/FINAL et OCDE, opt. cit., C(95)130/FINAL.

¹⁴⁷⁹ V. par exemple, le contenu des accords suivants traités dans le cadre du chapitre dédié à l’étude des instruments bilatéraux : Accord de 1991 entre le gouvernement des Etats-Unis d’Amérique et la Commission des Communautés européennes concernant l’application de leurs règles de concurrence ; Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d’Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l’application de leurs règles de concurrence ; Accord de 1995 entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des Etats-Unis d’Amérique concernant l’application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales ; Accord de 2004 entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des Etats-Unis d’Amérique concernant l’exercice de la courtoisie active dans l’application de leurs lois sur la concurrence ; Accord de 2003 entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles. Cf. I – Les accords exclusifs sur la concurrence : Section 1, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 de la présente thèse.

¹⁴⁸⁰ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphes 69 et 80 ; opt. cit., WT/WGTCP/7, paragraphes 55 et s.

¹⁴⁸¹ Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 22-23 ; Pierre ARHEL, « Dimension international du droit de la concurrence », art. cit., p. 494-495 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 487-488 ; D. GRISAY, art. cit., p. 8 ; Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 461-462.

543. Ainsi, en s'appuyant sur toutes ces propositions, il serait possible d'envisager, dans le cadre de l'accord projeté, un engagement des États sur l'obligation de notifier les enquêtes et procédures concernant les affaires de concurrence. La notification couvrirait les cas suivants : l'ouverture d'enquêtes visant une entreprise installée sur le territoire d'un autre membre ; les enquêtes portant sur une pratique anticoncurrentielle réalisée en partie ou en intégralité sur le territoire d'un autre membre ; l'examen des projets de concentration impliquant des entreprises soumises également à d'autres droits nationaux ; la recherche de preuves sur le territoire d'un autre membre¹⁴⁸². Monsieur Benoît Merkt suggère, par exemple, que les actes de notification soient adressés au Secrétariat de l'OMC, lequel se chargerait ensuite de les transmettre aux États concernés¹⁴⁸³. L'idée paraît intéressante, car elle permettrait à l'organisation d'apprécier la mise en œuvre des engagements contractés, en ayant une vue globale des procédures engagées de part et d'autre sur une même affaire. Néanmoins, il nous semble plus efficace de maintenir le système de notification directe entre autorités de concurrence, qui a fait ses preuves dans le cadre des actuels accords bilatéraux relatifs à la concurrence. Les actes pourraient en revanche être transmis au Secrétariat de l'OMC à titre conservatoire, dans l'éventualité d'un arbitrage ou d'une médiation de l'ORD.

544. Concernant l'échange d'informations, les États conviendraient de se communiquer toute information utile pour mener une enquête et adopter des sanctions à l'égard des pratiques anticoncurrentielles ou des concentrations présentant un effet anticoncurrentiel. L'idée est de reproduire le système de partage d'informations établi dans les mécanismes bilatéraux, puis de l'approfondir. On sait que de tels mécanismes excluent l'échange de renseignements confidentiels et que cette situation représente l'une de leurs principales faiblesses¹⁴⁸⁴. Aux fins de faire mieux que les accords bilatéraux, la coopération dans le cadre de l'accord OMC sur la concurrence devrait viser un champ beaucoup plus large. La proposition est loin de faire l'unanimité, bon nombre de spécialistes suggérant de ne pas l'étendre à l'échange d'informations confidentielles¹⁴⁸⁵. Le groupe de travail de l'OMC lui-même paraît hésitant quant à la délimitation des contours du type de renseignements à couvrir. En effet, après avoir effectué dans son rapport annuel de 2001 une invitation à opérer une distinction entre trois catégories d'informations, à savoir les « *informations non mises à*

¹⁴⁸² Ces propositions s'inspirent du contenu de la récente Recommandation de l'OCDE sur la « *Coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence* », opt. cit., C(2014)108 ; et de celles formulées dans l'ouvrage de Monsieur Benoît MERKT, opt. cit., p. 379.

¹⁴⁸³ Benoît MERKT, opt. cit., p. 379.

¹⁴⁸⁴ Cf. II – Les limites substantielles : Section 2, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁴⁸⁵ Benoît MERKT, opt. cit., p. 381 et p. 382 ; Nicolas LIGNEUL, art. cit., p. 460 ; Habib HAZZI, opt. cit., p. 487.

disposition du public », comme les secrets commerciaux, dont le partage n'est généralement pas prévu dans les instruments de coopération existants ; les informations non mises à disposition du public mais pouvant être échangées sur la base d'instruments de coopération et qui sont utiles à l'application de la loi, à l'instar d'études juridiques et économiques effectuées par un organisme dans le but d'évaluer des pratiques déterminées ; et les « *informations publiques* », celles accessibles à tout le monde et que l'on peut trouver par exemple sur Internet, le groupe estime que la communication de renseignements dans le cadre d'un accord multilatéral sur la concurrence pourrait porter sur « *des faits concrets ainsi que des informations juridiques* »¹⁴⁸⁶. L'hésitation se confirme dans le rapport d'après où il est fait d'un côté, état d'une volonté de non-prise en compte d'informations confidentielles et d'un autre, la possibilité d'envisager un échange relatif auxdites informations à partir du moment où cela serait compatible avec les droits internes des membres¹⁴⁸⁷. Il se dégage clairement de ses travaux une impression que le groupe de travail de l'OMC ne voulait pas mettre en avant l'élaboration d'une disposition qui consacre une obligation de communiquer des informations confidentielles. Sa prudence semble compréhensible. Parce que hormis l'éventualité de rentrer en totale contradiction avec les législations des États, du fait la présence de lois de blocage¹⁴⁸⁸, la transmission de renseignements tout en garantissant leur confidentialité, relève d'une tâche délicate. Les autorités de concurrence ne disposant pas des mêmes capacités de protection des informations qui leur sont communiquées, le risque de fuites paraît bien réel¹⁴⁸⁹. Pourtant, c'est sur l'échange de ce type de renseignements que se trouveraient les gains d'efficacité d'une nouvelle coopération dans l'application des législations de concurrence. Le groupe d'experts mandatés par la Commission européenne l'a très bien saisi et a proposé d'inclure dans un éventuel instrument international sous l'égide de l'OMC, la possibilité d'échanger des informations confidentielles¹⁴⁹⁰. Adhérant à la proposition, nous pensons que l'accord préconisé dans la présente thèse devrait procéder de la sorte, en empruntant les solutions émises dans la récente recommandation de l'OCDE¹⁴⁹¹. Cette dernière suggère deux moyens permettant de traduire l'échange d'informations confidentielles. Le premier consiste en l'utilisation de « *dispenses de confidentialité* »,

¹⁴⁸⁶ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/5, paragraphe 68.

¹⁴⁸⁷ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 76.

¹⁴⁸⁸ V. II – Les limites substantielles : Section 2, Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage. Pour développements sur les lois de blocage, Cf. aussi : B/ Les éventuels refus d'exequatur et les législations de blocage : Section 2, Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁴⁸⁹ Nicolas LIGNEUL, art. cit., p. 460.

¹⁴⁹⁰ Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit., p. 25.

¹⁴⁹¹ OCDE, opt. cit., C(2014)108.

notamment par le biais d'une élaboration de modèles de dispenses qui seraient automatiquement proposés lors des traitements des affaires de concurrence¹⁴⁹². Le deuxième moyen repose sur la création, dans les législations respectives des États, de dispositions habilitant l'échange d'informations confidentielles entre autorités nationales de concurrence, sans que celles-ci ne soient tenues de recueillir au préalable le consentement de la « *source des informations en question* »¹⁴⁹³.

545. L'inclusion de dispositions sur l'échange d'informations pourrait ainsi s'effectuer, en premier lieu, par l'engagement des États membres de l'organisation multilatérale à se communiquer mutuellement toutes les informations mises à disposition du public. Ensuite, ils s'obligeraient à prévoir dans leurs réglementations respectives, la possibilité d'échanger des informations confidentielles sans le consentement préalable de la source desdites informations. Le dernier aspect serait néanmoins assorti de conditions, afin d'éviter une systématisation de la communication, qui accentuerait les risques de divulgation : d'abord l'échange de renseignements confidentiels n'interviendrait que lorsqu'il s'avère que les autres catégories d'informations ne permettent pas de traiter efficacement l'affaire ; puis l'autorité qui reçoit les renseignements en question devrait préserver leur caractère confidentiel, sinon l'État dont elle dépend commettrait un manquement à ses engagements et obligations vis-à-vis des accords de l'OMC et se verrait contraint de le réparer par le truchement d'une décision de l'ORD.

546. S'agissant de l'incorporation de dispositions sur la courtoisie, il faudrait évidemment prendre en compte les deux aspects de la matière, c'est-à-dire la courtoisie traditionnelle et la courtoisie active telles qu'intégrées dans les instruments bilatéraux de première et deuxième générations, sur la base de recommandations de l'OCDE¹⁴⁹⁴. En les adaptant au cadre de l'OMC, la courtoisie traditionnelle se déclinerait par un engagement à travers lequel chaque membre de l'institution multilatérale déciderait de porter une attention particulière aux intérêts importants de tout autre membre lors de la mise en œuvre de sa réglementation dans le domaine de la concurrence et s'abstiendrait d'appliquer sa législation à une situation anticoncurrentielle transfrontière si un autre État membre est mieux placé pour l'appréhender. La courtoisie positive se réaliserait, quant à elle, par l'édiction d'un principe

¹⁴⁹² OCDE, opt. cit., C(2014)108, p. 8.

¹⁴⁹³ OCDE, opt. cit., C(2014)108, p. 8.

¹⁴⁹⁴ La notion de courtoisie et son application dans les instruments bilatéraux de coopération en matière de concurrence ont été longuement traitées dans le cadre du chapitre consacré aux limites des accords bilatéraux dans l'encadrement de la concurrence internationale. Cf. Section 1 : L'organisation de la coopération bilatérale : Chapitre 2, Titre 1 de la Partie 1 du présent ouvrage.

octroyant à un membre victime d'un comportement anticoncurrentiel commis sur le territoire d'un autre membre, la faculté de demander à celui-ci de prendre des mesures aux fins d'y mettre un terme. Certes, cela risquerait de poser des difficultés concrètes, notamment en termes de financement. Un État accepterait-il d'engager des procédures générant pour lui des dépenses sans une contrepartie immédiate ? Le doute semble plus que permis. D'ailleurs, c'est au nom des problèmes de ressources, que le groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence propose de ne pas rendre contraignant le mécanisme de coopération qui serait établi dans un éventuel accord multilatéral¹⁴⁹⁵. Sans remettre en cause sa position, force est de néanmoins constater qu'une coopération basée exclusivement sur la volonté ne présenterait aucune différence par rapport aux instruments bilatéraux. D'où la nécessité de prévoir une dose de contrainte : les règles de courtoisie seraient, comme l'ensemble de l'accord, obligatoires ; cependant, un membre qui supporte seul des coûts exorbitants liés à des mesures entreprises sur demande d'un autre État, aurait le droit de solliciter une contribution à parts égales de l'État demandeur et de l'OMC. La contribution de l'organisation proviendrait des fonds destinés à l'assistance technique.

547. Concernant enfin l'inclusion de l'assistance technique, elle passerait par l'édition de dispositions prévoyant en faveur des pays en voie de développement, un soutien matériel et technique destiné à les aider dans l'élaboration de règles de concurrence et la création de structures chargées de leur contrôle¹⁴⁹⁶. Un tel dispositif inciterait non seulement les États en question à signer l'accord, mais constituerait également une condition de succès de la coopération entre autorités de concurrence dont l'instauration est préconisée plus haut. En effet, comment deux États membres pourraient-ils coopérer dans une affaire de comportement anticoncurrentiel donné si l'un d'eux ne dispose ni de législation ni d'autorité spécifiques au domaine de la concurrence ? Le groupe de travail de l'OMC reconnaît explicitement que la coopération n'est possible que lorsqu'un « régime de la concurrence était déjà en place, autrement dit s'il existait déjà une loi quelconque sur la concurrence et une autorité chargée de la concurrence dotée de pouvoirs pour assurer l'application effective de cette loi »¹⁴⁹⁷. Considérée sous cet angle, l'assistance technique relèverait finalement de

¹⁴⁹⁵ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 73. Pour le groupe de travail, « la meilleure incitation à coopérer n'était pas un texte juridiquement contraignant, mais l'intérêt mutuel des organismes chargés de l'application des lois à s'entraider lorsque cela était raisonnablement possible ».

¹⁴⁹⁶ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphes 85 et s., paragraphes 103 et s. ; et opt. cit., WT/WGTCP/3, paragraphe 43.

¹⁴⁹⁷ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/5, paragraphe 79. V. aussi : OMC, opt. cit., WT/WGTCP/6, paragraphe 80.

l'intérêt de tous les membres de l'organisation, en ce qu'elle participe à la création de possibilités d'une coopération effective entre les États.

548. Les éléments susceptibles de composer un accord OMC sur la concurrence étant abordés, il importe de s'intéresser aux moyens de contrôle de sa mise en œuvre. Sur cette question, plusieurs pistes sont explorables. La première consiste à reproduire le schéma interne, c'est-à-dire confier la surveillance des règles concurrentielles à une autorité administrative indépendante. Elle a été suggérée par bon nombre d'observateurs¹⁴⁹⁸. Mais, comme l'accord proposé ici ne vise pas la création d'un droit supranational, l'instauration d'une autorité internationale de concurrence ne paraît indispensable¹⁴⁹⁹ ; d'autant plus qu'elle risquerait de bloquer le projet tout entier, dans la mesure où les États ne semblent pas encore prêts à accepter l'idée de soumettre les décisions de leurs autorités nationales au contrôle d'une instance supranationale¹⁵⁰⁰.

549. Les autres pistes correspondent à la procédure de règlement des différends ainsi que la technique de l'examen par les pairs, deux mécanismes qui existent déjà dans le système OMC et dont les États ont l'habitude de leur fonctionnement. Outre cette situation, elles présentent l'avantage de servir, en l'état actuel du droit, d'instruments de mise en œuvre des règles de concurrence. Pour la procédure de règlement des différends : la consultation de la jurisprudence de l'ORD suffit pour s'en rendre compte¹⁵⁰¹. Et pour l'examen par les pairs : il est constant que le Mécanisme d'examen des politiques commerciales (MEPC) ne se limite pas aux politiques commerciales stricto sensu, il englobe aussi la politique de la concurrence¹⁵⁰². Présentés de la sorte, les deux mécanismes constitueraient les voies naturelles pour assurer le contrôle de la mise en œuvre d'un éventuel accord sur la concurrence. Cependant, l'application du Mémoire d'accord à tel instrument semble loin de faire l'unanimité¹⁵⁰³. Ses procédures ne seraient pas appropriées à la matière

¹⁴⁹⁸ Nicolas LIGNEUL, *opt. cit.*, 252 et s. ; et *art. cit.*, p. 460 ; Jean-Marc SIROËN, *art. cit.*, p. 35 ; Richard BLASSEILLE, *opt. cit.*, p. 140-141.

¹⁴⁹⁹ Dans le même ordre d'idées, consulter l'article de Monsieur Ulrich IMMENGA : *art. cit.*, p. 411

¹⁵⁰⁰ Joanna R. SHELTON, *art. cit.*, p. 460-461 ; Andreas HEINEMANN, *art. cit.*, p. 308 ; Markus PALLEK, *art. cit.*, p. 152-153.

¹⁵⁰¹ Cf. Section 2 : L'application des règles de concurrence de l'OMC par l'Organe de règlement des différends : Chapitre 2, Titre 2 de la Partie 1 du présent ouvrage.

¹⁵⁰² Walid ABELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », *art. cit.*, p. 255-256 ; Andreas HEINEMANN, *art. cit.*, p. 314. En guise d'illustration, consulter le récent rapport sur l'examen de la politique commerciale de la Chine. Parmi les questions traitées, figure la « *politique de la concurrence et contrôle des prix* » : OMC, Organe d'examen des politiques commerciales, *Examen des Politiques commerciales*, 27 mai 2014, WT/TPR/S/300, p. 102 et s.

¹⁵⁰³ Andreas HEINEMANN, *art. cit.*, p. 313.

concurrentielle¹⁵⁰⁴. Effectivement, hormis la crainte d'une transformation en juridiction internationale de dernier ressort pour les décisions rendues dans le cadre interne¹⁵⁰⁵, et le caractère exclusivement interétatique, lequel a été longuement mis en exergue dans la présente thèse¹⁵⁰⁶, d'aucuns émettent des réserves quant à la capacité de l'ORD à garantir la confidentialité, ainsi que sur le niveau de compétence des arbitres¹⁵⁰⁷. N'ayant pas la prétention de porter un jugement sur de tels constats, nous pensons que l'ORD possède quasiment tous les aspects d'une juridiction, s'occupe déjà de concurrence et devrait être en mesure d'appliquer l'accord en question. Plusieurs études reconnaissent son aptitude à la situation¹⁵⁰⁸. D'ailleurs, en tant qu'accord multilatéral, le texte serait, à l'instar de tous les autres accords multilatéraux, automatiquement soumis à la procédure de règlement des différends¹⁵⁰⁹. Le groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence partage l'analyse, en soulignant que l'OMC désigne une « *organisation fondée sur des règles* », que même les dispositions de ses accords qui avaient un « *caractère de législation modérée* » ou énonçaient des « *engagements politiques* », comportaient des « *droits et obligations qui pouvaient tous être soumis au mécanisme de règlement des différends* » ; il en déduit que « *toute autre approche trahirait la raison d'être de l'OMC* »¹⁵¹⁰. L'application de la procédure de règlement des différends relèverait donc presque d'une obligation. Cela dit, elle mériterait néanmoins une petite adaptation, aux fins de prendre en compte les spécificités de la matière et apporter des réponses aux failles suscitant des réticences. Pour ce faire, un groupe spécial composé de spécialistes de la concurrence pourrait, comme le cas de l'Organe d'appel, être institué de manière permanente¹⁵¹¹. La solution paraît d'autant plus crédible qu'elle s'applique déjà dans le cadre d'autres instruments régissant des branches aussi techniques que les subventions et les

¹⁵⁰⁴ Benoît MERKT, opt. cit., p. 100-101 ; Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 67 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 313.

¹⁵⁰⁵ Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 461 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 8 et 12 ; Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 308 ; D. GRISAY, art. cit., p. 9.

¹⁵⁰⁶ Cf. par exemple, I – La nature juridique du système de règlement des différends : Section 1, Chapitre 1, Titre 2 de la Partie 1 et Section 2 : Les limites de la juridiction chargée de l'application du droit de l'OMC : Chapitre 1^{er}, Titre 1 de la Partie 2 du présent ouvrage.

¹⁵⁰⁷ Claude DUCHEMIN, art. cit., p. 67 ; Joanna R. SHELTON, art. cit., p. 465 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 24-25

¹⁵⁰⁸ C'est notamment le cas du groupe d'expert mandaté par la Commission européenne et celui des travaux du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence : Commission européenne, *La politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, opt. cit. p. 22 ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/7, paragraphes 81 et s. V. aussi : Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 23-24.

¹⁵⁰⁹ Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 313.

¹⁵¹⁰ OMC, opt. cit., p. WT/WGTCP/7, paragraphe 81.

¹⁵¹¹ L'idée est également partagée par : Andreas HEINEMANN, art. cit., p. 314 ; OMC, WT/WGTCP/7, paragraphe 87.

mesures compensatoires¹⁵¹². Tenu d'une obligation de respect de la confidentialité des informations et renseignements qui lui seraient communiqués, le groupe permanent connaîtrait de toutes les affaires de concurrence surgissant devant l'ORD. Dans un souci d'efficacité et d'ouverture aux particuliers, il prendrait en considération les mémoires d'*amicus curiae* déposés par les personnes privées qui s'estimeraient concernées par le litige. Lesdites personnes bénéficieraient, par ailleurs, d'un droit d'invoquer devant les juridictions de leur État de nationalité les dispositions de l'accord sur la concurrence qui s'adresseraient à elles de manière directe. Si l'État ne crée pas les conditions d'exercice du droit, il commettrait un manquement à ses engagements vis-à-vis des accords de l'OMC, lequel manquement pourrait être dénoncé dans les mémoires d'*amicus curiae*. Toujours dans le dessein d'associer davantage les acteurs privés à la procédure, le texte devrait énoncer un engagement des membres à relayer toutes les plaintes de leurs entreprises auprès de la juridiction de l'organisation multilatérale¹⁵¹³. Ce qui limiterait le pouvoir discrétionnaire de l'État dans la saisine de l'ORD et faciliterait ainsi l'accès des acteurs en question au système de règlement des litiges.

550. Pour ce qui concerne l'autre piste, à savoir l'examen par les pairs, plutôt que de constituer un mécanisme alternatif de contrôle, il servirait de complément au système de règlement des différends. L'idée vise la création d'un cadre de discussion permettant une surveillance commune et régulière des politiques de concurrence respectives des États de l'OMC¹⁵¹⁴. Le dispositif apporterait des réponses aux questions qui ne pourraient pas être traitées uniquement au niveau de l'ORD. Par exemple, si un État ne crée pas les conditions pour qu'une personne privée puisse invoquer devant les autorités internes une disposition concurrentielle se référant aux particuliers de façon directe, telle que suggéré plus haut, l'examen par les pairs démontrerait que sa politique de concurrence ne respecte pas le droit de l'organisation multilatérale et la pression collective le pousserait à se mettre en conformité. La traduction de la proposition se réaliserait par analogie au système actuel d'examen des politiques commerciales : un Mécanisme d'examen des politiques de concurrence serait instauré, et sa gestion confiée à un Comité de la politique de la concurrence¹⁵¹⁵. Les chances

¹⁵¹² V. articles 24.3 et 24.4 de l'Accord SMC ; OMC, opt. cit., WT/WGTCP/7, paragraphe 87.

¹⁵¹³ L'idée a été ébauchée par D. GRISAY : art. cit., p. 10.

¹⁵¹⁴ Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 25 ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'écllosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », art. cit., p. 196.

¹⁵¹⁵ OMC, opt. cit., WT/WGTCP/7, paragraphe 95 ; Bureau de la concurrence, opt. cit., p. 25-26 ; Habib KAZZI, opt. cit., p. 495-496.

d'aboutissement paraissent élevées, puisqu'un consensus se dégagerait parmi les membres de l'OMC sur cette question¹⁵¹⁶.

551. Ainsi, l'utilisation conjointe des deux mécanismes devrait logiquement suffire pour assurer l'application d'un accord sur la concurrence. Certes, ils n'associeraient pas davantage les personnes privées, néanmoins ils amorceraient l'entame de leur intégration. Ils permettraient surtout, avec la conclusion de l'accord, un début d'adaptation du droit et du cadre de l'institution multilatérale aux nouvelles réalités du commerce mondial. Une fois la réforme passée, puis éprouvée par la réalité, un approfondissement du droit ainsi qu'un renforcement des structures de contrôle pourraient être envisagés par la suite.

¹⁵¹⁶ Habib KAZZI, *opt. cit.*, p. 495.

CONCLUSION DU TITRE 2

552. Pour remédier à l'approche sectorielle et indirecte du droit de la concurrence de l'OMC ainsi qu'aux lacunes du système de règlement de différends, un accord multilatéral relatif à la concurrence et une réforme de l'ORD étaient devenus indispensables. D'un côté, il fallait trouver un instrument qui fixe un cadre global assurant la cohérence des règles existantes et régissant les branches non couvertes jusqu'ici. De l'autre côté, le caractère juridictionnel du mécanisme de règlement des différends se devait de s'approfondir, notamment au niveau de ses techniques de sanctions, puis s'ouvrir aux personnes privées. Cependant, l'étude des avantages et inconvénients des divers éléments de réforme, mais surtout l'évaluation des points susceptibles de générer un consensus au sein des États membres de l'organisation ou de provoquer leur réprobation, ont conduit à préconiser une approche réaliste, autrement dit celle qui présente une forte probabilité de concrétisation. D'où : - pour la réforme de l'ORD, la proposition d'une consécration de l'utilisation de mesures collectives de rétorsion afin d'accroître le degré de contrainte au niveau des sanctions et l'institutionnalisation de la procédure de l'*amicus curiae* en faveur des personnes privées ; - et pour l'accord sur la concurrence, la préconisation d'un texte équilibré énonçant des principes généraux sur le droit et la politique de la concurrence, quelques dispositions matérielles fondamentales et une organisation de la coopération dans l'application des législations nationales. Le même réalisme a commandé de privilégier des instruments de contrôle existants, qui seraient adaptés à la matière. La surveillance de la mise en œuvre du nouvel accord s'effectuerait ainsi dans le cadre de l'ORD, lequel se doterait d'un groupe spécial permanent. Elle se complèterait avec un contrôle parallèle réalisé à travers l'instauration d'un Mécanisme d'examen des politiques de la concurrence.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

553. L'existence dans les accords commerciaux de l'OMC d'un ensemble de règles concurrentielles formant les rudiments d'un droit de la concurrence et la présence d'un système contraignant de règlement des différends, ont suffi pour établir la pertinence du cadre de l'organisation pour l'encadrement des comportements anticoncurrentiels internationaux, puis de disqualifier les autres instances qui auraient pu jouer ce rôle. Mais le droit identifié semblait en décalage par rapport aux enjeux actuels. En effet, alors que la mondialisation économique provoquait une augmentation des opérations de concentrations transfrontalières, une internationalisation croissante des marchés ainsi qu'une accentuation de la puissance des entreprises multinationales, autant de situations potentielles que concrètes d'agissements anticoncurrentiels d'origine privée, le droit en question n'appréhendait que les actes imputables à l'État. Et sa substance limitée ne permet pas de couvrir certaines branches clés de la matière concurrentielle, à l'instar des ententes ou du contrôle des concentrations. Le comblement des lacunes passait donc nécessairement par l'adoption d'un nouvel instrument spécifique. L'idéal aurait été de proposer d'emblée la conclusion d'un texte instaurant un véritable droit supranational, avec création d'une autorité internationale de la concurrence chargée de sa mise en œuvre. Cependant, au regard des réticences manifestées à l'idée d'un encadrement global de la concurrence et de l'ampleur des obstacles potentiels à surmonter, un projet de cette nature aurait été considéré comme trop ambitieux. Une adaptation par progression paraissait de loin la technique la plus convenable. Raison pour laquelle une approche équilibrée, mélangeant contrainte et coopération volontaire, a été mise en avant. Elle s'est déclinée par un texte énonçant un engagement des États membres à se doter d'une législation et de structures en matière de concurrence, une adaptation des principes fondamentaux de l'OMC, l'incorporation de dispositions régissant les pratiques anticoncurrentielles communément condamnées et l'édition de règles établissant une coopération dans l'application des réglementations nationales. Octroyant aux personnes privées la possibilité d'invoquer devant les autorités juridictionnelles internes les dispositions qui s'adressent à elles de manière directe et leur offrant des moyens d'accéder à la juridiction de l'organisation, l'application de l'accord est contrôlée par le truchement de l'ORD et d'un mécanisme d'examen des politiques de la concurrence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

554. Il aurait été surprenant de constater qu'une organisation qui a vocation à réguler les échanges commerciaux mondiaux et qui promeut le libre-échange se désintéressait totalement de la concurrence. Car nul besoin d'être fin économiste pour percevoir que libre-échange et concurrence vont de pair : le bon fonctionnement du premier requiert une stricte observation des règles du jeu de la seconde. L'OMC remplirait difficilement les missions découlant de son objet, si elle ne s'occupait pas de la concurrence. La matière se trouve au cœur même de son système. Mais, aussi évident soit-il, le lien entre une telle matière et l'objet de l'institution responsable du commerce mondial ne pouvait suffire à satisfaire la finalité de la présente étude, à savoir rechercher si ladite institution était en mesure d'incarner l'approche multilatérale qui s'imposait face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations. L'unilatéralisme et le bilatéralisme avaient montré leurs limites face à ce phénomène.

555. La réaction unilatérale de l'État vis-à-vis de situations de concurrence présentant un élément d'extranéité désigne une technique ancienne, non forcément liée à la mondialisation des économies, puisque le droit du pays inventeur du droit moderne de la concurrence comportait dès l'origine des dispositions de portée extraterritoriale¹⁵¹⁷. Cela étant, l'extraterritorialité a incontestablement gagné en importance avec l'avènement de la mondialisation. Elle a été et continue d'être mise en œuvre par les États ou entités tels les États-Unis et l'Union européenne disposant des moyens juridiques et politiques puissants, qui vont exceller dans l'exportation de leurs législations sur la concurrence au-delà de leurs frontières. Se fondant sur des théories de « l'effet » et de « l'unité économique » aux fins de justifier leurs compétences, Américains et Européens tenteront d'appréhender des comportements anticoncurrentiels initiés ou produits à l'étranger mais affectant leurs territoires. Si le procédé permet, tant bien que mal, de réprimer certaines situations, il se confronte néanmoins aux difficultés liées à l'obligation de respecter la souveraineté des autres États, particulièrement le respect de l'exclusivité de la compétence d'exécution. Les choses se compliquent encore plus quand s'ajoutent à ce principe de droit international, des règles étatiques adoptées expressément dans le dessein de contrer les effets de l'extraterritorialité. Ce

¹⁵¹⁷ Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *opt. cit.*, p. 57-58 ; Habib KAZZI, *opt. cit. opt.*, p. 258-259.

qui entame considérablement l'efficacité des solutions unilatérales dans la répression des comportements anticoncurrentiels transfrontières. Pire, ces dernières sont parfois sources de tensions, les politiques nationales de concurrence s'appliquant souvent de manière stratégique. En effet, la plupart d'entre elles refusent de sanctionner les pratiques ayant des effets exclusivement externes, par exemple les ententes à l'exportation, alors qu'elles répriment sévèrement celles affectant le marché interne.

556. Quant aux instruments bilatéraux, ils ont été, pour l'essentiel, conclus dans l'objectif, d'une part, de surmonter les blocages suscités par l'application extraterritoriale des lois nationales en matière de concurrence, d'autre part, de faciliter l'appréhension de situations anticoncurrentielles internationales. Inspirés en grande partie par des recommandations de l'OCDE, ils vont de la mise en place d'une coopération administrative et judiciaire à l'harmonisation de législations dans le domaine de la concurrence, en passant par l'assistance technique et mutuelle. Ils présentent le mérite d'avoir fait saisir aux États que la logique de la coopération correspond à la meilleure attitude pour prendre en compte la mondialisation des comportements anticoncurrentiels. La coopération euro-américaine en constitue une des illustrations. Ainsi, grâce à deux accords spécifiques à la matière concurrentielle, les deux partenaires ont pu effectivement coopérer de manière efficace dans bon nombre d'affaires, notamment dans le domaine du contrôle des concentrations (affaires *Exxon/Mobil*, *Allied Signal/Honeywell*, *A.O.L./Time Warner*, etc.). L'exemple vaut également pour la coopération entre l'Union européenne et le Canada (affaires *Vivendi/Canal+/Seagram*, *CELESTICA/IBM*, *Bombardier/Adtranz*), ou la coopération américano-canadienne. Malgré leurs apports bénéfiques indéniables, de tels instruments ne peuvent être suffisants pour assurer l'encadrement de la concurrence internationale. D'abord, parce qu'ils ne lient que deux États à la fois, et il est difficilement concevable que l'ensemble des États de la planète adoptent mutuellement des accords de ce type. Ensuite, leur contenu se limite à une énonciation de mécanismes de coopération sobre et peu sophistiqué. En effet, non seulement ils se gardent de régir les ententes à l'exportation qui échappent pourtant à la mise en œuvre de l'extraterritorialité, mais ils ne règlent pas non plus la question de la circulation de l'information nécessaire au traitement des affaires de concurrence, car empêchant explicitement la communication de renseignements confidentiels. Leur application n'étant assortie d'aucune contrainte, mais reposant uniquement sur la courtoisie, leur efficacité se trouve être forcément aléatoire. Dans la pratique, ils sont écartés dès que les intérêts

économiques des partenaires divergent (affaires *General Electric/Honeywell* ou *Upjohn/Pharmacia*, entre les États-Unis et l'Union européenne).

557. Les faiblesses et insuffisances de l'unilatéralisme et de la coopération bilatérale ont fini de nous convaincre que face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, la coopération multilatérale était devenue une nécessité. Notre étude avait pour objectif de rechercher si l'OMC pouvait incarner cette approche multilatérale. Il nous a fallu au préalable démontrer la pertinence de son cadre pour assurer la régulation de la concurrence internationale. Ce qui emportait d'évaluer également la pertinence de son dispositif juridique vis-à-vis des nouvelles réalités anticoncurrentielles procédant de la mondialisation des économies. L'analyse des principes fondamentaux de l'organisation que sont le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence a permis d'établir que ces principes correspondent avant tout à des normes de concurrence. Prévus par les trois piliers, à savoir le GATT, l'AGCS et l'Accord sur les ADPIC, ils se déclinent ensuite dans la quasi-totalité des autres instruments multilatéraux et plurilatéraux de l'institution responsable du commerce mondial. Ce qui dénote d'un haut degré de cohérence et confère à ces principes une large portée. Ces derniers s'accompagnent de dispositions substantielles régissant les « pratiques anticoncurrentielles » telles qu'elles existent en droit interne, qu'il s'agisse de l'abus de position dominante ou d'autres agissements qui n'ont pas forcément d'équivalents en droit interne, comme les pratiques déloyales de défense commerciale (dumpings, subventions et barrières non tarifaires à effet anticoncurrentiel). Contrairement aux dispositions des accords bilatéraux ou celles de l'OCDE et la CNUCED, deux instances de coopération internationale formulant elles aussi des règles dans le domaine de la concurrence, les textes en question présentent l'avantage de pouvoir être mis en œuvre par le biais d'un mécanisme contraignant de règlement des différends. Ils sont donc susceptibles de générer une jurisprudence, complément nécessaire à tout droit autonome. Car, s'il peut être difficile de voir dans le système de règlement des litiges de l'OMC la réunion des critères organique et matériel d'une juridiction, l'existence d'une *jurisdictio* ainsi que d'un *imperium* se constate aisément, et le fonctionnement global laisse clairement apparaître une juridiction au sens matériel. L'examen détaillé de ses décisions a révélé un abondant contentieux commercial intéressant également la concurrence, mais aussi quelques décisions spécifiques relatives à la matière « concurrentielle » (affaires *Japon – Pellicules* et *Mexique – Télécommunications*). Associées aux dispositions sus-indiquées, l'ensemble forme un droit primaire de la concurrence. Un tel droit semble d'autant plus

crédible qu'il se trouve suffisamment élaboré pour encadrer les comportements anticoncurrentiels d'une partie des acteurs du commerce, en l'occurrence les États. Il comporte même des dispositions se référant directement aux particuliers et permet de réprimer certains de leurs actes par États interposés. Mais, avec la mondialisation des économies, les agents privés sont devenus très puissants. Il faut reconnaître qu'ils ont toujours été les véritables acteurs du commerce, dans la mesure où les commerçants sont avant tout des personnes privées, et non les États¹⁵¹⁸. Or, actuellement, beaucoup d'entreprises ont atteint des tailles considérables. L'explosion des sociétés multinationales est une réalité qui ne faiblit pas. Aux firmes du Nord s'ajoutent désormais celles du Sud, à l'instar de *Tata*, *Lenovo*, *Emirates*, *Huawei*, *ZTE*,...etc¹⁵¹⁹. Et la mondialisation des marchés n'est plus à démontrer dans bon nombre de secteurs, tant elle semble irrésistible et incontestable. Cela se vérifie particulier dans les domaines de la finance, des marchandises et des services, ou encore de l'internet. Les marchés étant difficilement séparables des acteurs, la situation génère potentiellement autant d'agissements anticoncurrentiels en provenance d'agents économiques privés. Loin de demeurer seulement en puissance, les agissements de cette nature se concrétisent régulièrement. L'étude a mis en exergue que des ententes d'envergure internationale, voire mondiale, sont fréquemment décelées par les autorités nationales de concurrence, l'une des plus célèbres étant le cartel des vitamines initié par la société *Hoffmann-La Roche* et démantelé en 1999 par la Commission européenne, ou bien le cartel des électrodes en graphite. Des abus de position dominante sur de grands marchés se trouvent également recensés. Les affaires « *Microsoft* » aux États-Unis et en Europe en constituent une illustration emblématique. Actuellement, c'est une autre firme, la société *Google*, détenant elle aussi une position dominante sur un grand marché, qui fait l'objet de poursuites, notamment de la part des autorités européennes, pour abus de position dominante¹⁵²⁰.

558. L'appréciation du droit de la concurrence identifié dans l'arsenal juridique de l'OMC par rapport à toutes ces nouvelles réalités anticoncurrentielles, révèle un décalage certain entre ces droit et réalités. Outre le déficit de substance permettant de couvrir des situations relevant des branches prépondérantes de la matière concurrentielle telles les ententes ou le contrôle des concentrations, l'approche indirecte des dispositions existantes semble insuffisante pour l'appréhension des comportements d'origine privée. Elle ne garantit

¹⁵¹⁸ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, opt. cit., p. 96 ; Eric CANAL-FORGUES, opt. cit., p. 18.

¹⁵¹⁹ Magazine *Alternatives Economiques*, « Mondialisation – Les firmes du Sud à l'assaut des marchés », Hors-série N° 98, 4^{ème} trimestre 2013, p. 66.

¹⁵²⁰ Préc., Communiqué de presse de la Commission, N° IP-15-4780.

pas toujours l'imputation de l'acte non concurrentiel d'une personne privée à son État de nationalité. L'inadaptation se confirme avec les difficultés éprouvées par la juridiction de l'organisation pour trancher les litiges afférant à la question. Dans les deux grandes affaires portant spécifiquement sur la concurrence, elle a eu du mal à rattacher les pratiques anticoncurrentielles commises par des entreprises privées, aux États parties dans les différends. Ainsi, dans l'affaire *Japon – Pellicules*, l'adoption d'une définition extensive du terme de « mesure » n'a pas suffi pour couvrir les agissements anticoncurrentiels de l'entreprise Fuji puis de les imputer au gouvernement japonais ; tandis que dans l'affaire *Mexique – Télécommunications*, c'est la définition de la notion même de « pratiques anticoncurrentielles » qui avait suscité des difficultés chez les arbitres¹⁵²¹.

559. L'étude aboutit donc à la conclusion que le cadre de l'OMC est certes pertinent pour assurer la régulation de la concurrence internationale, mais son droit et son système de règlement des différends nécessitent une adaptation pour une meilleure prise en charge des comportements d'origine privée. Les propositions effectuées en ce sens se voulaient réalistes. L'objectif consistait à imaginer des éléments de réforme susceptibles de se traduire sur le plan pratique. Les États désignant à la fois les créateurs et destinataires des règles de l'organisation, il fallait trouver un juste milieu, c'est-à-dire une réforme acceptable pour ces derniers et non moins efficace. D'où, pour l'amélioration du mécanisme de règlement des différends, deux principales mesures préconisées : - d'abord le renforcement des techniques de sanction aux fins d'une meilleure application des règles concurrentielles existantes, en y insérant plus de contrainte, grâce à la consécration de l'utilisation de mesures de rétorsion collectives ; - ensuite l'ouverture du mécanisme aux personnes privées, par le truchement d'une institutionnalisation de la procédure de l'*amicus curiae* lors des procédures devant l'ORD, ainsi qu'une obligation pour les États membres de prévoir dans leurs ordres juridiques respectifs, la possibilité pour lesdites personnes d'invoquer les dispositions des accords s'adressant directement aux particuliers. Le même réalisme a commandé pour les propositions visant l'amélioration du droit. L'idéal aurait été de proposer d'emblée un véritable droit supranational de la concurrence, avec une autorité spécifique dédiée à son contrôle. L'examen de la faisabilité et des différentes raisons militants en faveur de la conclusion d'un accord international sur la concurrence, mais surtout des potentiels obstacles, ont forgé la conviction qu'un dispositif trop ambitieux n'aurait aucune chance d'aboutir. Le choix s'est donc porté sur une approche intermédiaire se traduisant par un dispositif multilatéral sur la concurrence

¹⁵²¹ Henry LESGUILLONS, art. cit., p. 77-82.

qui, d'une part, remédie aux lacunes de l'approche sectorielle des présentes règles concurrentielles incorporées dans les divers accords commerciaux et, d'autre part, comble le déficit de substance pour appréhender les situations anticoncurrentielles posant le plus de problèmes à l'heure actuelle. Prenant en compte les acquis des instruments bilatéraux, ce dispositif énonce d'abord des principes généraux de droit de la concurrence à partir d'éléments identifiés comme consensuels, prévoit ensuite un certain nombre de règles matérielles régissant les pratiques unanimement condamnées, et met en place, enfin un mécanisme de coopération pour l'application des législations nationales de concurrence. Le contrôle de sa mise en œuvre s'effectue à travers le système de règlement des différends, précisément par un groupe spécial permanent ; un tel procédé se cumulant avec un mécanisme d'examen des politiques de concurrence.

560. Les esprits semblent suffisamment mûrs pour que de telles propositions puissent voir le jour, dès l'achèvement du cycle de Doha. L'OMC et ses membres ne disposent plus de véritable marge de manœuvre. S'ils restent statiques, les efforts de libéralisation des échanges entamés depuis le GATT de 1947 risquent d'être réduits à néant. Ils se doivent donc de s'attaquer sérieusement aux barrières d'origine privée, en réglementant davantage la concurrence. Il est de leur intérêt ainsi que de celui de tous les consommateurs de la planète de voir les comportements des grandes sociétés multinationales être réglementés en termes de concurrence et les marchés mondiaux préservés des agissements anticoncurrentiels. Les éléments de réforme développés dans l'étude visaient simplement à la réduction du décalage constaté entre le droit de l'organisation multilatérale et les nouvelles réalités du commerce provoquées par la mondialisation des économies. Ils constituent un début d'adaptation, laquelle se réalise logiquement dans la durée. À terme, d'autres instruments d'encadrement de la concurrence internationale beaucoup plus ambitieux seront probablement nécessaires. Les États accepteront-ils de renoncer à un peu de leur souveraineté pour les conclure ? Rien ne le garantit ! La réponse vaut également pour les suggestions formulées dans la présente étude. Une chose paraît néanmoins sûre : tant que les États continueront à commercer entre eux, qu'existeront des marchés de dimension internationale ou mondiale, que des entreprises multinationales prospéreront, la question de la répression des comportements anticoncurrentiels transfrontières se posera toujours.

BIBLIOGRAPHIE

I - Traités, dictionnaires et ouvrages généraux

Azéma (J.), Besnard Goudet (R.), Rolland (B.) et Viennois (J.-P.), *Dictionnaire de droit des affaires*, ellipses, 2007, 535 p.

Béguin (J.) et Menjucq (M.) (dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, 2^{ème} éd., novembre 2011, 1293 p.

Blaise (J.-B.), *Droit des affaires*, L.G.D.J., 7^{ème} éd., septembre 2013, 560 p.

Blasselle (R.), *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, coll. Manuels 200, t. 1, octobre 2002, 644 p.

De Boissieu (Ch.) (dir.), *Les mutations de l'économie mondiale*, Economica, 2000, 348 p.

Cadiet (L.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, 1362 p.

Carreau (D.) et Juillard (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 5^{ème} éd., mars 2013, 802 p.

Carreau (D.) et Marrella (F.), *Droit international*, Pedone, 11^{ème} éd., 2012, 733 p.

Chatillon (S.), *Droit des affaires internationales*, Vuibert, 5^{ème} éd., novembre 2011, 389 p.

Chérot (J.-Y.), *Droit public économique*, Economica, 2007, 1032 p.

Cohen (D.), *La mondialisation et ses ennemis*, Pluriel, 2011, 264 p.

Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 11^{ème} éd., octobre 2014, 830 p.

Cornu (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, 10^{ème} éd., 2014, 1099 p.

Daillier (P.), Forteau (M.) et Pellet (A.), *Droit international public*, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2009, 1709 p.

Daillier (P.), La Pradelle (G.) et Ghérari (H.) (dir.), *Droit de l'économie internationale*, CEDIN Paris X, Pedone, 2004, 1119 p.

Decocq (A.) et Decocq (G.), *Droit de la concurrence*, L.G.D.J., 7^{ème} éd., août 2014, 528 p.

Dollfus (O.), *La mondialisation*, Presses de Sciences Po, coll. La bibliothèque du citoyen, 2001, 167 p.

Dupuy (P.-M.) et Kerbrat (Y.), *Droit international public*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2012, 929 p.

Flory (Th.), *L'Organisation mondiale du commerce*, Bruylant, 1999, 248 p.

Frison-Roche (M.-A.) et Bonfils (S.), *Les grandes questions du droit économique*, Puf, janvier 2005, 431 p.

Frison-Roche (M.-A.) et Payet (M.-S.), *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1^{ère} éd., février 2006, 451 p.

Gavalda (Ch.) et Parleani (G.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^{ème} éd., 2010, 583 p.

Goldman (B.), Lyon-Caen (A.) et Vogel (L.), *Droit commercial européen*, Dalloz, 5^{ème} éd., 1994, 835 p.

Gourion (P.-A.), Peyrard (G.) et Soubeyrand (N.), *Droit du commerce international*, L.G.D.J., coll. Systèmes, mars 2008, 299 p.

Haquani (Z.) et Saunier (P.), *Droit international de l'économie*, ellipses, 2^{ème} éd., septembre 2007, 215 p.

Huwart (J.-Y.) et Verdier (L.), *La mondialisation économique : Origines et conséquences*, OCDE, coll. Les essentiels de l'OCDE, 2012, 171 p.

Jeuland (E.), *Droit processuel*, L.G.D.J., 2007, 614 p.

Lamy (P.), *L'Europe en première ligne*, Paris, Seuil, 2002, 180 p.

Larousse, *Le grand Larousse illustré*, 2015, 2078 p.

Le Moal (R.), *Droit de concurrence*, Economica, 1979, 228 p.

Levasseur (A.), *Droit des Etats-Unis*, Dalloz, 2^{ème} éd., avril 1994, 388 p.

De Leyssac (Cl. L.) et Parleani (G.), *Droit du marché*, puf, 2002, 1035 p.

Lorot (P.) (dir.), *Dictionnaire de la mondialisation*, ellipses, 2002, 495 p.

Loussouarn (Y.), Bourel (P.) et de Vareilles-Sommières (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, 1025 p.

Mainguy (D.), Respaud (J.-L.) et Depincé (M.), *Droit de la concurrence*, Litec, avril 2010, 355 p.

Mainguy (D.) (dir.), *Dictionnaire de droit du marché*, ellipses, coll. Dictionnaires de droit, mars 2008, 342 p.

Malaurie-Vignal (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 6^{ème} éd., 2014, 350 p.

Mestre (J.), Pancrazi (M.-E.), Arnaud-Grossi (I.), Merland (L.) et Tagliarino-Vignal (N.), *Droit commercial – Droit interne et aspects de droit international*, L.G.D.J., 29^{ème} éd., 2012, 1324 p.

Moreau Defarges (Ph.), *La mondialisation*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2012, 127 p.

Mouail-Bassilana (E.) et Parachkevova (I.), *Termes de droit de la concurrence*, Gualino éditeur, 2006, 221 p.

Mousseron (J.-M.), Raynard (J.), Fabre (R.) et Pierre (J.-L.), *Droit du commerce international*, Litec, 4^{ème} éd., 2012, 527 p.

Niboyet (M.-L.) et de Geouffre de La Pradelle (G.), *Droit international privé*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., octobre 2013, 736 p.

Nincinski (S.), *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., 2005.

Pironon (V.), *Droit de la concurrence*, Gualino, octobre 2009, 276 p.

Rideau (J.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, L.G.D.J., 6^{ème} éd., 2010, 1464 p.

Rigaux (F.), *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, 486 p.

Ripert (G.)/ Roblot (R.), *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., 18^{ème} éd., t.1, v. 1, 2001, 905 p.

Roubier (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t., 1952, 612 p.

Sapir (J.), *La démondialisation*, Seuil, 2012, 256 p.

Stiglitz (J.), *La grande désillusion*, Fayard, 2002, 407 p.

Vignal (Th.), *Droit international privé*, Sirey, 3^{ème} éd., 2014, 519 p.

Vincent (Ph.), *Institutions économiques internationales*, Larcier, 2^{ème} éd., 2013, 413 p.

II - Ouvrages spéciaux et thèses

Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et Droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations*, Actes de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, 533 p.

Ancel (B.) et Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 5^{ème} éd., 2006, 814 p.

Arcelin-Lécuyer (L.), *Droit de la concurrence – Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Pur, coll. Didact Droit, 2^{ème} éd., septembre 2013, 332 p.

Bauchet (P.), *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'Etat*, CNRS, coll. CNRS économie, 2003, 105 p.

Blin (O.) (dir.), *Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Actes de colloque, 1^{er} décembre 2006, Toulouse, IRDEC, Bruylant, 2009, 117 p.

Brault (D.), *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, L.G.D.J., coll. Droit des affaires, 2004, 775 p.

Brault (D.), *Droit de la concurrence comparé – Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, Economica, 1995, 196 p.

Canal-Forgues (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, 2003, 161 p.

Canivet (G.) (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, 486 p.

Chareyre de Beaumont (A.), *Droit de la concurrence et globalisation*, Thèse Université Panthéon-Assas, Paris II, 2006, 988 p.

Chérot (J.-Y.), *Les aides d'État dans les communautés européennes*, *Economica*, 1998, 379 p.

Côté (Ch.-E.), *La participation des personnes privées au règlement des différends commerciaux internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruylant, 2007, 635 p.

Culot (H.), *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Larcier, 2014, 691 p.

Deblock (Ch.) (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce – Où s'en va la mondialisation ?*, FIDES, Québec, Canada, 2002, 298 p.

Folsom (R. H.), *Accord de libre-échange Nord-Américain*, Pedone, 2004, 156 p.

Folsom (R. H.) et Levasseur (A. A.), *Pratique du droit des affaires aux Etats-Unis*, Dalloz, décembre 1994, 418 p.

Friedel-Souchu (E.), *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, LG.D.J., 1994, 494 p.

Goldman (B.) et Francescakis (Ph.) (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, 1977, 453 p.

Goldsmith (E.) et Mander (J.) (dir.), *Le procès de la mondialisation*, Fayard, 2001, 489 p.

Kazzi (H.), *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée*, PUAM, 2007, 656 p.

Keskin (A. C.), *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, décembre 2009, 626 p.

Laroche (J.) (dir.), *Mondialisation et gouvernance mondiale*, Puf, mars 2003, 264 p.

Lickova (M.), *La Communauté européenne et le système GATT/OMC*, Pedone, 2005, 201 p.

Ligneul (N.), *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Bruylant, 2001, 382 p.

Loquin (E.) et Kessedjian (C.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, 612 p.

Malaurie-Vignal (M.), *L'abus de position dominante*, L.G.D.J., coll. Systèmes, janvier 2003, 185 p.

Merciai (P.), *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, 1993, 414 p.

Merkt (B.), *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence*, Berne, Peter Lang, vol. 3, 2000, 450 p.

Mucchielli (J.-L.), *Multinationales et mondialisation*, Seuil, 1998, 373 p.

Osman (F.) (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Actes et Débats de colloque, 2 mars 2001, Lyon, Bruylant, 2001, 291 p.

Pace (V.), *L'Organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2000, 480 p.

Roca (D.), *Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intracommunautaire – Droits communautaire et de l'OMC comparés*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, t. 2, mai 2007, 451 p.

Roca (D.), *Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intracommunautaire – Droits communautaire et de l'OMC comparés*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, t. 1, mai 2007, 328 p.

Roda (J.-Ch.), *La clémence en droit de la concurrence*, PUAM, 2008, 573 p.

Romano (F.), *Mondialisation des politiques de concurrence*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, décembre 2003, 262 p.

Rosiak (P.), *Les transformations du droit international économique-Les Etats et la société civile face à la mondialisation économique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, décembre 2003, 330 p.

Siroën (J.-M.), *L'OMC et la mondialisation des économies*, Recherche effectuée dans le cadre d'une convention conclue entre l'IRES et la C.F.E.-CGC, mai 1998, 97 p.

SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges*, Actes de colloque, 1^{er}-3 juin 1995, Nice, Pedone, 1996, 337 p.

Souty (F.), *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, coll. Clefs, 4^{ème} éd., février 2013, 160 p.

Souty (F.), *La politique de concurrence aux États-Unis*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1995, 127 p.

III - Répertoires et ouvrages pratiques

Lamy Droit de l'entreprise 2014/2015.

Lamy Droit Économique 2013.

Mémento Pratique Francis Lefebvre, Concurrence-Consommation, 2015/2016.

Dossiers internationaux Francis Lefebvre, États-Unis, 5^{ème} éd.

IV - Articles, contributions et chroniques

Abdelgawad (W.), « *Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés* », in Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et Droit de la concurrence-Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations*, Actes de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 237-267.

Abdelgawad (W.), « *Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'élaboration d'un ordre juridique mondial de la lex economina* », RIDE, N° 2/2001, pp. 161-196.

Arhel (P.), « *La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons triées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence* », in Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et Droit de la concurrence-Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations*, Actes de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp.269-285.

Arhel (P.), « *Droit international de la concurrence, s'orientent-ils vers des négociations ?* », R.M.C.U.E., n° 426, février 1999, pp. 84-90.

Arhel (P.), « *Dimension internationale du droit de la concurrence* », R.M.C.U.E., n° 410, juillet-août 1997, pp. 492-495.

Berrod (F.), « *La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation – A propos de l'arrêt de la Cour de Justice du 23 novembre 1999, Portugal c/ Conseil* », RTD eur., n° 3, pp. 419-450.

Blin (O.), « *Propos introductifs* », in Blin (O.) (dir.), *Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Actes de colloque, 1^{er} décembre 2006, Toulouse, IRDEC, Bruylant, 2009, pp. 1-11.

Boy (L.), « *Mondialisation et contrôle des opérations de concentrations* », in Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 409-427.

Burdeau (G.), « *Aspects juridiques de la mise en œuvre des Accords de Marrakech* », in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges*, Actes de colloque, 1^{er}-3 juin 1995, Nice, Pedone, 1996, pp. 203-250.

Canal-Forgues (E.), « *Le Système de règlement des différends* », in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges*, Actes de colloque, 1^{er}-3 juin 1995, Nice, Pedone, 1996, pp. 281-292.

De Cara (J.-Y.), « *L'affaire Microsoft : une mise à l'épreuve du droit antitrust ?* », *Rev. Lamy conc.*, octobre/décembre 2008, N° 17, pp. 132-136.

Chagny (M.), chron. « *Droit de la concurrence* », *RJ Com.*, N° 2, Mars-Avril 2012, pp. 16-24.

Champaud (Cl.), « *Caractères du droit de la concurrence* », *J-Cl. Conc. Consom.*, fasc. 30, 1991.

Chassagnon (V.), « *Fragmentation de la firme et dilution des responsabilités juridiques : l'éclatement de la relation d'emploi dans la firme-réseau multinationale*, *RIDE*, N° 1/2012, pp. 5-29.

Clark (J.), « *Différences dans les champs et application différenciée des droits de la concurrence* », in DGCCRF, *Peut-il exister un droit multilatéral de la concurrence ?*, Atelier de la concurrence du 8 février 1996, *Rev. Conc. Cons.*, n° 93, Sept.-Oct. 1996, pp. 37-38.

Clarke (T.), « *L'hégémonie des transnationales et ses mécanismes* », in Goldsmith (E.) et

Mander (J.) (dir.), *Le procès de la mondialisation*, Fayard, 2001, pp. 135-147.

Claudel (E.), « *Vers un droit international de la concurrence ?* », in Daillier (P.), de La Pradelle (G.), Ghérari (H.), *Droit de l'économie internationale*, CEDIN Paris X, Pedone, 2004, p. 405-420.

Clegg (P.), « *L'OMC et les petits Etats* », *L'Economie politique*, (14), 2^{ème} trimestre 2002, p. 22.

Conso (P.), « *Les stratégies des firmes multinationales* », in de Boissieu (C.) (dir.), *Les mutations de l'économie mondiale*, Economica, 2000, pp. 69-86.

Demartini (A.) et Carole (D.), « *Les entreprises doivent-elles désormais fusionner pour survivre ?* », in de Boissieu (C.) (dir.), *Les mutations de l'économie mondiale*, Economica, 2000, pp. 87-110.

Detter de Lupis (I.), « *Aspects institutionnels de l'Association européenne de libre-échange* », *Annuaire fr. dr. int.*, v. 6, 1960, pp. 791-800.

Duchemin (Cl.), « *L'essor du droit international de la concurrence* », *Rev. Conc. Cons.*, n°88, Nov.-Déc. 1995, pp. 51-68.

Eeckman (P.), « *L'application de l'article 85 du traité de Rome aux ententes étrangères à la C.E.E. mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du marché commun* », *RCDIP*, 1965, pp. 499 et s.

Farjat (G.), « *Observations sur la dynamique du droit de la concurrence* », in Canivet (G.) (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, L.G.D.J., 2006, pp. 3-29.

Faucher (Ph.), « *Un agenda pour une mondialisation équitable* », in Deblock (C.) (dir.), *L'Organisation mondial du commerce – Où s'en va la mondialisation ?*, FIDES, Québec, Canada, 2002, pp. 169-180.

Fedozzi (P.), « *De l'extraterritorialité des lois et des actes de droit public* », *RCADI*, 1929, II, vol. 27, pp. 141-242.

Finckenstein (K. V.), « *International Antitrust Policy and the International Competition Network* », *International Antitrust Law & Policy*, Fordham Corp. L. Inst.B. Hawk (Ed.), p. 38.

Folsom (R.), « *Le droit de la concurrence* », in Levasseur (A.), *Droit des Etats-Unis*, Dalloz, 2^{ème} éd., pp. 275-282.

Ghérari (H.), « *Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'organe de règlement des différends de l'OMC* », in Abdelgawad (W.), *Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations*, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 289-324.

Ghérari (H.), « *L'influence de l'Organisation mondiale du commerce sur le droit de la concurrence (à travers le cas des Etats-Unis et du Mexique)* », in Canivet (G.) (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 249-282.

Glais (M.), « *Convergences et divergences dans les analyses économiques américaines et européennes des projets de concentration* », in DGCRF, *Malentendus ou divergences transatlantiques ?*, Atelier de la concurrence du 4 décembre 2002, Rev. Conc. Cons., n° 133, Mai-Juin 2003, pp. 35-39.

Guillemard (S.) et Stone (J.), « *La Cour suprême du Canada et la compétence internationale des tribunaux* », J.D.I. 2007, N° 2/2010, pp. 1115-1137.

Grisay (D.), « *Concurrence : le droit européen dans le contexte international* », Journal des Tribunaux, Droit européen, n° 65, janvier 2000, pp. 1-9.

Heinemann (A.), « *La nécessité d'un droit mondial de la concurrence* », RIDE, N° 3/2004, pp. 293-324.

Herrenschmidt (J.-L.), « *L'irréversibilité de la mondialisation* », in Loquin (E.) et Kessedjian (C.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, pp. 389-400.

Idot (L.), « *Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE/Honeywell, Réflexion de juriste...* », RDLC, 2005, N° 2, pp. 31-40.

Immenga (U.), « *Le droit de la concurrence dans l'économie globale* », in *Philosophie du droit et droit économique*, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éditions Frison-Roche, 1999, pp. 405-415.

Immenga (U.) (Contribution), « *Règles de fond d'un droit international de la concurrence* », in Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial mondial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995, pp. 30-37.

Jacquemin (A.), « *La dimension externe de la politique européenne de concurrence* », Rev. éco. ind., vol. 63, 1^{er} trimestre 1993, pp. 272-281.

James (C.), « *International Antitrust in the 21 st century : Cooperation and Convergence* », Forum mondial de l'O.C.D.E. sur la concurrence, 17 octobre 2001.

Jenny (F.) (Contribution), « *Le rapport entre la politique commerciale et la politique de concurrence pose un certain nombre de problème* », in Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial mondial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995, pp. 38-41.

Kroes (N.), « *La libre concurrence n'est pas une fin en soi...* », RDLC N° 3-2006, p. 1-2.

Latouche (S.), « *La mondialisation démystifiée* », in Goldsmith (E.) et Mander (J.) (dir.), *Le procès de la mondialisation*, Fayard, 2001, pp. 7-27.

Le More (P.), Editorial « *Emergence d'un droit international/régional des affaires* », RDAI, N° 2, avril 2012, pp. 261-262.

Lesaffre (H.), « *Les règles de fond* », in Daillier (P.), de La Pradelle (G.) et Ghérari (H.) (dir.), *Droit de l'économie internationale*, CEDIN Paris X, Pedone, 2004, p. 345.

Lesguillons (H.), « *Le règlement des différends de l'OMC et droit de la concurrence* », in Blin (O.) (dir.), *Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Actes de colloque, 1^{er} décembre 2006, Toulouse, IRDEC, Bruylant, 2009, pp. 69-82.

De Leyssac (C. L.), « *Concurrence et compétition* », Rec. Dalloz, 17 juin 2004, n° 24, pp. 1722-1724.

Ligneul (N.), « *Droit international de la concurrence : plaidoyer pour une approche intégrée et progressive* », R.M.C.U.E., n° 430, juillet-août 1999, pp. 458-463.

Loungnarath (V.), « *Le mécanisme de règlement des différends* », in Deblock (C.) (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce – Où s'en va la mondialisation ?*, FIDES, Québec, Canada, 2002, pp. 53-71.

Lyon-Caen (A.), « *Entreprises multinationales et droit européen de la concurrence* », in Goldman (B.) et Francescakis (Ph.) (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, 1977, pp. 324-404.

Michalet (Ch.-A.), « *Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique* », in Loquin (E.) et Kessedjian (C.) (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, pp. 11-42.

Mander (J.), « *Introduction : Face à la marée montante* », in Goldsmith (E.) et Mander (J.) (dir.), *Le procès de la mondialisation*, Fayard, 2001, pp. 29-48.

Nicora (P.), « *Le règlement des différends a-t-il un avenir ?* », in Osman (F.) (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Actes et Débats de colloque, 2 mars 2001, Lyon, IEP de Lyon, Bruylant, 2001, pp. 235-244.

Okiémy (B.), « *L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence* », in Osman (F.) (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Actes et Débats de colloque, 2 mars 2001, Lyon, IEP de Lyon, Bruylant, 2001, pp. 61-86.

Okiémy (B.), « *La problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence* », RRJ, 2001-2, pp. 1013-1028.

Pallek (M.), « *L'avenir de la coopération euro-américaine dans le domaine de la concurrence* », Cahiers de droit européen, 2004, n° 1-2, pp. 95-155.

Passa (J.), « *Panorama des Droits étrangers* », J-Cl. Conc. Consom., fasc. 50-20, 1998.

Philippe (J.), Guyon (A.) et Gurov (Y.), « *Les cartels internationaux* », in Canivet (G.) (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 177-248.

Plaidy (C.), « *Internationalisation du droit de la concurrence* », J-Cl. Conc. Consom., fasc. 52, 2003.

Prieto (C.), « *Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir des affaires Microsoft* », in Abdelgawad (W.), *Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations*, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 383-408.

Prieto (C.), « *L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus* », JCP 2007, éd. G., étude, I, 132.

Prieto (C.), « *Comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft* », chron. Pratiques unilatérales, RDLC, N°1-2004, pp. 57-60.

Prieto (C.), « *Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement* », RDLC, 2001, N° 1, p. 20-31.

Rainelli (M.), « *L'OMC : Vers une régulation de la mondialisation marchande ?* », in Laroche (J.) (dir.), *Mondialisation et gouvernance mondiale*, Puf, mars 2003, pp. 57-66.

Rakovsky (C.), « *Politique de concurrence : le volet international* », Rev. des Affaires européennes, N° 2, 1957, p. 160.

Rezzouk (M.), « *Portée extraterritoriale du Sherman Act : perspectives après l'épilogue du cartel des vitamines* », RIDE 2007/1, pp. 69-90.

Rezzouk (M.), « *Cartels globaux, riposte américaine. L'ère empagran ?* », RIDE 2005/1, p. 56.

Rioux (M.), « *Culture de concurrence : Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée* », Cahiers de recherche – CEIM (04-04), GRIC, Université du Québec à Montréal, septembre 2004.

Rioux (M.), « *L'accès aux marchés et la concurrence* », in Deblock (C.) (dir.), *L'Organisation mondial du commerce – Où s'en va la mondialisation ?*, FIDES, Québec, Canada, 2002, pp. 117-129.

Rioux (M.), « *Vers un droit mondial de la concurrence ?* » Cahiers de recherche-CEIM (99-08), (GRIC), Université du Québec à Montréal, décembre 1999.

Roda (J.-Ch.), « *Les apports de l'affaire Microsoft au droit américain de la monopolisation* », Rev. Lamy conc., N° 17, pp. 187-190.

Romano (F.), « *Les accords bilatéraux de coopération en matière d'application des règles de concurrence* », in Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 87-99.

Romano (F.), « *GE/Honeywell, Victoire de la Commission...ou échec ?* », RDAI, N° 3, 2007, pp. 368-393.

Romano (F.), « *La fusion Boeing/MDD et l'Accord conclu entre l'UE et les USA sur l'application de leurs lois antitrust* », RDAI, N°4/5, 1998, pp. 509-520.

Romano (F.), « *Premier bilan de l'Accord entre l'U.E. et les U.S.A. concernant l'application de leurs règles de concurrence* », RDAI, N°4, 1997, pp. 491-501.

Ruiz Fabri (H.), « *La contribution de l'Organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial* », in Loquin (E.) et Kessedjian (C.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, pp. 347-380.

Ruiz Fabri (H.), « *Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit* », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème}* – Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Paris, Litec, 2000, pp. 303-334.

Ruiz Fabri (H.), « *Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce* », JDI, 1997, pp. 709-755.

Sélinsky (V.), « *Mondialisation et ententes injustifiables* », in Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 352-382.

Shang (Y.), « *Le droit antidumping européen face à la Chine : un juste milieu difficile à fixer* », RIDE, N° 1/2012, pp. 95-111.

Shelton (J. R.), « *Politique de la concurrence : va-t-on vers des règles internationales ?* », RDAI, 1999, N° 4, pp. 457-470.

Siroën (J.-M.), « *Les politiques de la concurrence dans une économie mondialisée* », in DGCCRF, *Peut-il exister un droit multilatéral de la concurrence ?*, Atelier de la concurrence du 8 février 1996, Rev. Conc. Cons., n° 93, Sept.-Oct. 1996, pp. 27-36.

Souty (F.), « *Droit et politique de la concurrence dans le monde chinois en République Populaire de Chine* », à Hong-Kong et à Taïwan », *Monde chinois*, 2004, N° 1, p. 65.

Stern (B.), « *L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC* », RGDIP, 2003-2, p. 257-301.

Stern (B.), « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », *Annuaire fr. dr. int.*, 1986, p. 7-56.

Stern (B.), « *Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale*, RQDI, vol. 3, 1986, pp. 49-78.

Stuyck (J.), « *Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales* », RIDE, N° 4/2011, pp. 455-480.

Ullrich (H.), « *L'ordre concurrentiel dans la pensée juridique* », in Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et Droit de la concurrence-Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations*, Actes de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 51-81.

Violet (F.), « *La norme technique, une entrave au commerce international* », in Osman (F.) (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Actes et Débats de colloque, 2 mars 2001, Lyon, IEP de Lyon, Bruylant, 2001, pp. 189-218.

Walker (H. Jr.), « *Modern Treaties of Friendship, commerce and navigation* », Minnesota Law Review, v. 42, p. 393.

Winckler (A.), « *L'affaire Microsoft du point de vue du plaignant* », Rev. Lamy conc., octobre/décembre 2008, N° 17, pp. 168-172.

V - Documents officiels et études

Bureau de la concurrence, *Options en vue de l'internationalisation de la politique de la concurrence*, 1999, 34 p.

CNUCED, *Loi type sur la concurrence*, Nations Unies et Genève, 2010, TD/RBP/CONF.7/8.

CNUCED, *Rapport révisé du secrétariat sur l'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés*, 26 avril 2007, TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5.

CNUCED, *Examen de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble*, 9 septembre 2005, TD/RBP/CONF.6/10.

CNUCED, *Rapport du secrétariat sur l'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés*, 30 avril 2000, TD/RBP/CONF.5/4.

CNUCED, *L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, Nations Unies, Genève, 2000, TD/RBP/CONF/10/Rev.2.

CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000 : les fusions et acquisitions internationales et le développement*, Nations Unies, New York et Genève, 2000.

Commission des communautés européennes, *Onzième rapport sur la politique de concurrence*, 1981.

Commission européenne, Communiqué de presse, 15 avril 2015, n° IP/15/4780.

Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, 24 mars 2004, n° IP/04/382.

Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, 21 novembre 2001, n° IP/01/1625.

Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, 18 juillet 2001, n° IP/01/1010.

Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada concernant de leurs de règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2000, COM/2002/0045final.

Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, COM/2000/0618final.

Commission européenne, Communication, 18 juin 1996, *Vers l'établissement d'un cadre international des règles de concurrence*, COM(96)284 final.

Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial mondial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995, 67 p.

Nations Unies, Résolution 35/63. Pratiques commerciales restrictives, 5 décembre 1980, www.un.org/french/documents/view-doc.asp?symbol=A/RES/35/63&Lang=F.

OCDE, *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence*, 16 septembre 2014, C(2014)108.

OCDE (2006), *Les ententes injustifiables : troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998 de l'OCDE*, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence, vol. 8/1, pp. 7-59.

OCDE, *Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions*, 23 mars 2005, C(2005)54.

OCDE, *Les ententes injustifiables : progrès récents et défis futurs*, OCDE, 2003, 68 p.

OCDE, « *Principes fondamentaux* » dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence, 1^{er} octobre 2002, COM/DAFFE/TD(2002)49/FINAL.

OCDE, *Relation entre les accords commerciaux régionaux et le système commercial multilatéral*, TD/TC/WP(2002)19/FINAL.

OCDE, *Ententes injustifiables*, OCDE, 2000, 67 p.

OCDE, *Rapport du CLP sur la courtoisie positive*, DAFFE/CLP(99)19.

OCDE, *Rapport sur la notification des fusions transnationales*, DAFFE/CLP(99)2/FINAL.

OCDE, *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, 25 mars 1998, C(98)35/FINAL.

OCDE, *Recommandation du conseil sur la coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, 25 juillet 1995, C(95)130/FINAL.

OCDE, *Obstacles aux échanges et à la concurrence*, Paris, OCDE, 1993, 133 p.

OCDE, *Recommandation du conseil sur la coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, 21 mai 1986, C(86)44/FINAL.

OCDE, *Mise en œuvre du droit de la concurrence – Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, O.C.D.E., 1984.

OCDE, *Recommandation du conseil sur la coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, 5 octobre 1967, C(67)53/FINAL.

OMC, « *Travaux consacrés aux dispositions relatives au traitement spécial et différencié* », www.wto.org/french/Tratop_f/dev-differential_provisions_f.htm (consulté le 26/02/2015).

OMC, Organe d'examen des politiques commerciales, *Examen des politiques commerciales*, 27 mai 2014, WT/TPR/S/300, 229 p.

OMC, *Rapport annuel 2014*, Publications de l'OMC, 2014, 152 p.

OMC, Décision ministérielle du 7 décembre 2013 sur le Mécanisme de surveillance pour le traitement spécial et différencié, 13 décembre 2013, WT/MIN(13)45, WT/L/920.

OMC, *Dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords de l'OMC*, Note d'information du Secrétariat, 14 juin 2013, WT/COMTD/W/196, 109 p.

OMC, *Rapport annuel 2013*, Genève, Publications de l'OMC, 2013, 144 p.

OMC, *Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC : Un différend, une page*, Genève, Publications de l'OMC, 2012, 200 p.

OMC, Texte des propositions du groupe africain pour les négociations sur le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, 5 mars 2008, TN/DS/W/92.

OMC, Programme de travail de Doha, Décision adoptée par le Conseil général le 1^{er} août 2004, 2 août 2004, WT/L/579.

OMC, Communication ministérielle de Cancun, 23 septembre 2003, WT/MIN(03)/20.

OMC, *Rapport (2003) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 17 juillet 2003, WT/WGTCP/7, 47 p.

OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, *Dispositions des accords actuels de l'OMC relatifs à l'équité au plan de la procédure*, Note d'information de secrétariat, 22 mai 2003, WT/WGTCP/231, 24 p.

OMC, *Principes fondamentaux dans le contexte du système commercial et dans celui de la législation sur la concurrence*, 6 février 2003, WT/WGTCP/W/221, 20 p.

OMC, *Rapport (2002) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 9 décembre 2002, WT/WGTCP/6, 54 p.

OMC, Communication de la Communauté et ses États membres, 19 novembre 2002, WT/WGTCP/W/222, 9 p.

OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, *Dispositions relatives aux ententes injustifiables*, Note d'information du Secrétariat, 20 juin 2002, WT/WGTCP/W/191, 19 p.

OMC, Déclaration ministérielle de Doha, 20 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1.

OMC, *Rapport (2001) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 8 octobre 2001, WT/WGTCP/5, 46 p.

OMC, *Rapport (2000) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 30 novembre 2000, WT/WGTCP/4, 44 p.

OMC, *Rapport (1999) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 11 octobre 1999, WT/WGTCP/3, 42 p.

OMC, *Les principes fondamentaux de l'OMC : le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence*, 14 avril 1999, WT/WGTCP/114, 28 p.

OMC, *Rapport annuel 1998*, Genève, Publications de l'OMC, 1998, 198 p.

OMC, *Rapport (1998) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 8 décembre 1998, WT/WGTCP/2, 67 p.

OMC, *Rapport (1997) au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence*, 28 novembre 1997, WT/WGTCP/1, 4 p.

OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, *Dispositions de l'OMC qui touchent à la concurrence*, Note informelle du Secrétariat, 17 juin 1997.

OMC, Déclaration ministérielle de Singapour, 18 décembre 1996, WT/MIN(96)DEC.

United States Department of State, *A List of Treaties and other International Agreements of the United States in Force on January 1, 2012*, www.state.gov/documents/organisation/202293.pdf.

VI - Notes, conclusions et commentaires de jurisprudence

Busseuil (G.), Garinot (J.-M.), Grayot-Dirx (S.), Jourdain-Fortier (C.) et Moine-Dupuis (I.), « Chronique commentée des décisions de l'Organe de règlement des différends (juin 2010-novembre 2011) », RIDE, N°2/2012, pp. 161-225.

Decocq (G.), note sous Aut. conc., déc. n° 10-D-28, 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, Rev. Contrats, Conc., Consom., N° 12, décembre 2010, p. 25-27.

Idot (L.), « Premières vues sur l'arrêt General Electric c. Commission du 15 décembre 2005 », *Europe* n° 2, février 2006, p. 4-7.

Mayras (H.), concl. dans l'affaire des matières colorantes, RTD eur. 1972, p. 787 et s.

Storrer (P.), obs. sous Paris, 13 avril 1999, SA Dectra et autres, Rev. Lamy dr. aff. 1999, n° 1132.

Mehdi (R.), « Jurisprudence communautaire. Affaire C-149/96, République portugaise c/ Conseil de l'Union européenne », JDI, 2000, n° 2, pp. 455-459.

Sélinsky (V.), « Le cartel des banques sanctionné pour avoir mis en place des commissions interbancaires concertées », Rev. Lamy conc., N° 26, Janvier-Mars 2011, pp. 26-29.

Souty (F.), « La Cour suprême des Etats-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts Empagran et Intel v. AMD », Les Petites affiches, n° 189, 21 septembre 2004, pp. 3-14.

VII - Décisions de justice

A/ Jurisprudence internationale

CPJI, Affaire du « Lotus », 7 septembre 1927, Rec. Des Arrêts, Série A, n° 10, arrêt n° 9, 1927.

B/ Décisions de l'ORD

États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport du Groupe spécial (Deuxième plainte), rapport du Groupe spécial, WT/DS353/R, 31 mars 2012 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS353/AB/R, 12 mars 2012.

États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle, rapport du Groupe spécial, WT/DS406/R, 2 novembre 2011 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012.

Thaïlande – Mesures douanières et fiscales affectant les cigarettes en provenance des Philippines, rapport du Groupe spécial, WT/D371/R, 15 novembre 2010 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS371/AB/R, 17 juin 2011.

Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport du Groupe spécial, WT/DS316/R, 30 juin 2010 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS316/AB/R, 18 mai 2011.

Mexique – Mesures visant les services de télécommunication, rapport du Groupe spécial, WT/DS204/R, 2 avril 2004.

États-Unis – Réexamen à l’extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, rapport de l’Organe d’appel, WT/DS244/AB/R, 15 décembre 2003.

États-Unis – Mesures de sauvegardes définitives à l’importation de certains produits en acier, Rapport de l’Organe d’appel, WT/DTS/248-259/AB/R, 10 novembre 2003.

Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines, rapport de l’Organe d’appel, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002.

Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles, WT/DS207/AB/R, rapport de l’Organe d’appel, 23 septembre 2002.

États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de vente à l’étranger », Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS/108/AB/RW, 14 janvier 2002.

États-Unis – Mesures antidumping visant les tôles d’acier oxydable en rouleaux et les feuilles et bandes d’acier inoxydable en provenance de Corée, rapport du groupe spécial, WT/DS179/R, 22 décembre 2000.

Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l’Organe d’appel, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 décembre 2000.

États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni, rapport de l’Organe d’appel, WT/DS138/AB/R, 10 mai 2000.

Communautés européennes – Mesures affectant l’amiante et les produits en contenant, rapport de l’Organe d’appel, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2000.

Communautés européennes – Régime applicable à l’importation, à la vente et la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l’article 21.5, WT/DS27/RW/EEC, rapport du Groupe spécial, 12 avril 1999.

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport du Groupe spécial, WT/DS58/R, 15 mai 1998 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, rapport du Groupe spécial, WT/DS44/R, 31 mars 1998.

Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS56/AB/R, 28 mars 1998.

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997.

Brésil – Mesures affectant la noix de coco desséchée, WT/DS22/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 21 février 1997.

Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, rapport du Groupe spécial, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 11 juillet 1996 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996.

États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930, IBDD, S36/386, L/6439, rapport du Groupe spécial adopté le 7 novembre 1989.

États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, IBDD, S34/154, L/6175, rapport adopté le 17 juin 1987.

Canada – Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger, IBDD, S30/147, L5504, rapport du Groupe spécial adopté le 7 février 1984.

Italie – Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles, IBDD, 7S/64, L/833, rapport du Groupe spécial, 15 juillet 1958 (adopté le 23 octobre 1958).

Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R et WT/DS64/R.

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, WT/DS27/R/USA.

C/ Jurisprudence européenne

Trib. U.E., 27 juin 2012, *Microsoft c/ Commission*, aff. T-167/08, www.eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008TJ0167&from=FR.

TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft c/ Commission*, aff. T-201/04, Rec. CJCE, II, p. 3619.

Décision 2005/907/CE de la Commission, aff. N° COMP/M.2139, *Bombardier/Adtranz*, JOCE L 329, 16 décembre 2005, p. 35.

TPICE, ord., 22 décembre 2004, *Microsoft c/ Commission*, aff. T-200/04, Rec. CJCE, II, p. 4463.

TPICE, 14 décembre 2004, aff. T-209/01 et 210/01, *Honeywell/Commission et GE/Commission*, Communiqué de Presse n° 109/05.

Décision 2007/53/CE de la Commission, 24 mai 2004, *relative une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'accord EEE engagé contre Microsoft Corp.*, aff. COMP/C-3/37.792 – Microsoft, J.O.U.E. 2007, L 32, p. 23.

Commission Decision, *relating to a proceeding under Article 82 of EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, Brussels, 21.4.2004, C(2004)900 final.

Décision 2003/2/CE de la Commission, 21 novembre 2001, *relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE et l'article 53 de l'accord EEE*, aff. COMP/E-1/37.512 – Vitamines, JO 2003, L 6, p. 1.

Décision 2002/271/CE de la Commission, 18 juillet 2001, *Electrodes de graphite*, aff. COMP/E-1/36.490, JOCE L 100, 16 avril 2002, p. 1.

Décision de la Commission, 3 juillet 2001, aff. N° COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, JOCE L 48, 28 février 2004, p. 1.

Décision 2002/191/CE de la Commission, 3 avril 2001, aff. COM.2139, *Bombardier/Adtanz*, JOCE L 69, 12 mars 2002, p. 50.

Décision de la Commission, aff. N° COMP/M.2050, *Vivendi/Canal+/Seagram*, JOCE C 311, 31 octobre 2000, p. 3.

Décision 2001/718/CE de la Commission, 11 octobre 2000, aff. N° COMP/M.1845, *A.O.L./Time Warner*, JOCE L 268, 9 octobre 2001, p. 28.

Décision de la Commission, 25 février 2000, aff. N° COMP.1841, *CELESTICA/IBM*, www.ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1841_en.pdf.

CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-149/96, Rec., p. 8395.

Décision 2004/284/CE de la Commission, 29 septembre 1999, aff. N° IV/M.1383, *Exxon/Mobil*, JOCE L 103, 7 avril 2004, p. 1.

Communication de la Commission, aff. N° IV/M.1601, *Allied Signal/Honeywell*, JOCE C 259, 11 septembre 1999, p. 9.

TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd. c. Commission*, aff. T-102/96, Rec. CJCE, p. 753.

Décision 97/816/CE de la Commission, 30 juillet 1997, aff. N° IV, *Boeing/McDonnell Douglas*, JOCE L 336, 8 décembre 1997, p. 16.

Décision de la Commission, 28 septembre 1995, *Upjohn/Pharmacia*, JOCE C 294, 9 novembre 1995, p. 9.

Décision du Conseil de l'Union européenne n° 94/800/CE, 22 décembre 1994, *relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994)*, JOCE n° L 336, 23 décembre 1994, p. 1-2.

CJCE, 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-280/93, Rec., p. I-4973.

CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. 260/89, Rec. CJCE, I, p. 2925.

CJCE, 13 juillet 1989, *Tournier*, aff. 395/87, Rec. CJCE, p. 2521.

CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström (Pâtes de bois)*, aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, Rec. CJCE, p. 5193.

Décision de la Commission, 19 décembre 1984, *Pâtes de bois*, JOCE n° L 85, 26 mars 1985, p. 1.

CJCE, 22 juin 1982, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)*, aff. 70/78, Rec., 1989, p. 1781.

CJCE, 31 mai 1979, *Hugin*, aff. 22/78, Rec. CJCE, p. 1870.

CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. CJCE, 1979, p. 461.

CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/Commission*, aff. C-27/76, Rec. CJCE, 1978, p. 207.

CJCE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission (Zoja)*, aff. jointes 6 et 7/73, Rec. CJCE, 1974, p. 223.

CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, aff. 6/72, Rec. CJCE, 1973, p. 215.

Décision de la Commission, 14 décembre 1972, *Zoja c. CSC-ICI*, JOCE n° L 299, p. 51.

CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres / Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. Jointes 21-24/72, Rec. 1972, p. 1219.

CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commission (Matières colorantes)*, aff. 48/69, Rec. CJCE, 1972, p. 619.

Décision de la Commission, 9 décembre 1971, *Continental Can Company*, JOCE n° L 007, 8 janvier 1972, p. 25.

CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin Import Co. c. S.A. G.L. Import Export*, aff. 22-71, Rec. CJCE, p. 949.

Décision de la Commission, 23 décembre 1970, *Supexie*, JOCE n° L 10, 13 janvier 1971, p. 12.

Décision de la Commission, 24 juillet 1969, *Matières colorantes*, JOCE n° L 195, 7 août 1969, p. 11.

CJCE, 13 juillet 1966, *Grundig et Consten c. Commission*, aff. 56 et 58/64, Rec. CJCE, p. 429.

CJCE, 30 juin 1966, *LTM*, aff. 56/65, Rec. CJCE, p. 337.

Décision de la Commission, 11 mars 1964, *Grosfillex*, JOCE, 9 avril 1964, p. 915.

D/ Jurisprudence américaine

Department of Justice, *Justice Department Requires Divestitures in Merger Between General Electric and Honeywell*, may 2, 2001, www.justice.gov/atr/public/press_releases/2001/8140.pdf.

U.S. v. Microsoft Corp., 253 F. 3d 34, 85, D.C. Cir. 2001.

U.S. v. Microsoft Corp., 97 F. Suppl. 2d D.D. Cir. 2000.

U.S. v. Microsoft Corp., 87 F. Suppl. 2d30, D.D. Cir. 2000.

U.S. v. Microsoft Corp., 147 F. 3d 935, D.C. Cir. 1998.

FTC Settlement in Upjohn/Pharmacia Merger to Preserve Competition for Colorectal Cancer Drug, Communiqué de presse n° 951 0140, 27 octobre 1995.

U.S. v. Microsoft Corp., 56 F. 3d 1448, D.C. Cir. 1995.

U.S. v. Microsoft Corp., 1995-2 Trade Cs (CCH) 71, 096 D.D.C. 1995).

Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993).

Westinghouse Electric Corp. v. Rio Algom Ltd., 617 F.2d 1248 (1980).

Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

U.S. v. Aluminium Co. of America, 148 F. 2d 416, 2d Cir. (1945).

U.S. v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911).

American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909).

Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd ET AL 494 F. Supp. 1263, US District Court, ED. Pa. June 26, 1980.

E/ Jurisprudence française

Paris, 20 novembre 2013, n° 12/02931, *Google France et Google Inc. c./ Bottin Cartographes*.

T. com. Paris, 31 janvier 2012, RG n° 2009061231, *Bottin Cartographes c./ Google France et Google Inc.*

Aut. conc., déc. n° 10-D-30, 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne.

Aut. conc., déc. n° 10-D-28, 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, *Rev. Contrats, Conc., Consom.*, N° 12, décembre 2010, p. 25-27.

Paris, 13 avril 1999, *SA Dectra et autres* : BOCCRF, 12 mai, 154 ; *Rev. Lamy dr. aff.* 1999, n° 1132, obs. P. Storrer.

Civ. 28 février 1860, *Bulkey*, S. 1860. 1. 210, concl. Dupin, GA, n° 4.

Civ. 9 mai 1900, *de Wrède*, S. 1901. 1. 185, *Clunet* 1900. 613, GA, n° 10, p. 82.

VIII - Textes contraignants

A/ Accords négociés dans le cadre de l'OMC ou du GATT

- *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1994)*
- *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947)*
- *Accord général sur le commerce des services*
- *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*

- *Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*
- *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*
- *Accord sur les marchés publics*
- *Accord sur les mesures concernant les investissements liés au commerce*
- *Accord sur les obstacles techniques au commerce*
- *Accord sur les sauvegardes*
- *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*
- *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*
- *Annexe sur les télécommunications et Annexe sur les négociations sur les télécommunications de base*
- *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*

B/ Autres instruments juridiques

a) Traités et accords bilatéraux sur la concurrence

- *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'exercice de la courtoisie active dans l'application de leurs lois sur la concurrence, 2004, [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ct02957f-accord.pdf/\\$file/ct02957f-accord.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ct02957f-accord.pdf/$file/ct02957f-accord.pdf).*
- *Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles, JO n° L 183, 22 juillet 2003, p. 12-17.*
- *Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence, 17 juin 1999, JO n° L 175, 10 juillet 1999, p. 50-60.*
- *Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, JO n° L 173, 18 juin 1998, p. 28-31.*

- *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, 1^{er} et 3 août 1995, [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/cb.nsf/vwapj/canada-us-agreement-f.pdf/\\$file/canada-us-agreement-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/cb.nsf/vwapj/canada-us-agreement-f.pdf/$file/canada-us-agreement-f.pdf).*
- *Accord entre le gouvernement des États-Unis et la Commission des Communautés européennes concernant l'application de leurs règles de concurrence, JO n° L 95, 27 avril 1995, p. 47-52.*

b) Autres accords et traités internationaux

- *Accord entre l'Union européenne et le Japon relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale, J.O.U.E. n° L 39, 12 février 2010, p. 20-35.*
- *Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, J.O.U.E. n° L 181, 19 juillet 2003, p. 34-42.*
- *Accord sur l'Espace économique européen, JOCE n° L 1, 3 janvier 1994, p. 3-522.*
- *Convention instituant l'Association européenne de libre-échange : www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19600000/0.632.31.pdf.*
- *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, signée le 1^{er} février 1971, www.hcch.net, rubrique « Conventions ».*
- *Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, signée le 18 mars 1970, www.hcch.ch.net, rubrique « Conventions ».*
- *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 14 juillet 1967.*
- *Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, signée le 15 novembre 1965, www.hcch.net, rubrique « Conventions ».*
- *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*
- *Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et la Canada, 7 octobre 1993, www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/199511170000/0.351.923.2.pdf.*

- *Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, signé le 18 mars 1985 et entré en vigueur le 24 janvier 1990, RTC 1990 n° 19, 1990 Partie 1, p. 953.*
- *Treaty of friendship, commerce and Navigation between the United States and the Federal Republic of Germany, 7 U.S.T. & O.I.A. 1839, 1954 N°3593, 1954.*
- *Treaty of friendship, commerce and navigation between the United States and Japan, 4 U.S.T. 2063, TIAS N° 2863, 206 UNTS 143, 1953.*

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

A

Abus de position dominante, 1, 2, 3, 17,
18, 42, 44, 50, 95, 98, 103, 143, 152,
153, 154, 156, 157, 197, 199, 201, 223,
227, 242, 256, 257, 258, 259, 261, 262,
278, 286, 289, 293, 301, 329, 332, 333,
349, 361, 369
Amicus curiae, 18, 170, 236, 237, 303,
311, 312, 343, 345, 351
Assistance technique, 68, 89, 163, 290,
300, 306, 327, 336, 340, 348
Autorité internationale de la concurrence,
341

C

Charte de la Havane, 281, 282, 283, 288,
297
CNUCED
-code de la (-), 287, 314, 317, 328
Compétence d'exécution, 5, 29, 31, 52, 53,
54, 55, 57, 78, 86, 114, 203, 347
Compétence normative, 29, 31, 52
Concentrations
-contrôle des (-), 18, 64, 65, 74, 75, 95,
112, 143, 151, 211, 223, 228, 229,
244, 276, 289, 293, 334, 346, 348, 350
-définition de (-), 228
Concurrence
concurrence déloyale, 18, 89, 143, 144,
145, 146, 147, 148, 149, 150, 151,
160, 161, 201, 223, 256
notion de concurrence, 118
notion de droit de la concurrence, 10,
195
politique de concurrence, 10

Conférence ministérielle de Bali, 327
Conférence ministérielle de Cancun, 290,
299
Conférence ministérielle de Doha, 289,
315
Conférence ministérielle de Singapour,
288
Coopération bilatérale
-limites de la (-), 221, 293, 295, 320
-organisation de la (-), 24, 68, 69, 70, 72,
76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 99,
100, 101, 104, 106, 107, 108, 110,
112, 220, 286, 315, 317, 320, 321,
336, 339, 349
Courtoisie
-(-)active, 6, 7, 71, 72, 73, 75, 77, 78, 79,
81, 101, 102, 103, 104, 107, 112, 114,
336, 339, 388
(-)passive, 73, 76, 81, 339
-(-)passive, 7, 71
-(-)passive, 78
-définition de la (-), 70
-limites de la (-), 79, 100, 101

D

Dumping, 146, 147, 188, 225, 226, 380

E

Entente anticoncurrentielle
-(-)de dimension internationale, 2, 3, 17,
98, 103, 153, 211, 223, 227, 228, 240,
242, 244, 256, 257, 262, 263, 265,
276, 278, 294, 369
-(-)injustifiable, 17, 257, 262, 263, 264,
265, 274, 280, 289, 293, 315, 329,
330, 331, 371, 374, 376

Entreprises multinationales, 252
Équité au plan de la procédure, 315, 316,
318, 325, 376
Exequatur, 24, 53, 57, 58, 338
Extraterritorialité
-(-)application extraterritoriale des droits
nationaux de la concurrence, 3, 24, 27
-définition de l'(-), 28, 45, 49

F

Fusions internationales, 63, 98, 247, 335,
374

G

Groupe de travail de l'interaction du
commerce et de la politique de la
concurrence, 199, 288, 289, 314, 318,
321, 324, 338
Groupe spécial permanent, 342

J

Juridiction, 174

L

Lois de blocage, 8, 59, 109, 338

M

Mécanisme d'examen des politiques de
concurrence, 343
Mesures de rétorsion collective, 308, 351
Mesures de rétorsion croisée, 185, 269,
306, 307
Mondialisation
mondialisation des marchés dans le
secteur des marchandises, 16, 250,
369
mondialisation des marchés financiers,
248
mondialisation des pratiques
anticoncurrentielles et des opérations
de concentration, 242, 256, 257, 262,
278
notion de mondialisation économique, 1

Multilatéralisme, 83, 113, 114, 116, 281,
283, 300, 302, 329, 349

N

Non-discrimination, 118, 119, 120, 121,
133, 137, 138, 139, 143, 148, 195, 224,
315, 316, 318, 319, 320, 323, 327, 329

O

OCDE, 283, 285

OMC

accord OMC sur la concurrence, 279,
280, 287, 292, 294, 296, 299, 301,
316, 321, 326, 327, 328, 332, 335,
337, 341
application des règles de concurrence de
l'OMC, 166, 186, 187, 217, 229, 341
droit de la concurrence de l'OMC, 13,
19, 208, 210, 223, 227, 256, 265, 303,
345
effet des règles de l'OMC dans l'ordre
interne, 212, 236, 309
limites du droit de la concurrence de
l'OMC, 212, 298
principes fondamentaux de l'OMC, 119,
121, 128, 134, 139, 210, 216, 282,
318, 346, 377

ORD

caractère juridictionnel de l'ORD, 173,
174, 177, 231, 265
procédure devant l'ORD, 166, 169, 177,
271
réforme de l'ORD, 303, 304, 345
saisine de l'ORD par les particuliers,
234
sanctions de l'ORD, 184, 267, 304, 306,
307

P

Plainte pour non-violation, 178, 196, 233,
272
Principe de traitement de la nation la plus
favorisée, 133, 134, 135, 136, 138, 156

Principe de traitement national, 120, 121,
122, 128, 133, 189, 190, 192, 195, 320,
322
Principe de transparence, 140, 142, 323

R

Règlement d'intérêt, 171, 230, 231, 232
Réseau international de la concurrence,
302

T

Théorie de l'effet, 3, 24, 26, 31, 38, 47, 48,
49, 51, 56, 114, 203
Théorie de l'unité économique, 26, 32, 33,
40, 42, 44, 45, 48, 49, 51, 54, 114, 203,
255
Traitement spécial et différencié, 300, 316,
326, 327, 328, 332, 375

U

Unilatéralisme, 3, 96

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PARTIE 1 : LA PERTINENCE DU CADRE DE L'OMC DANS LA RECHERCHE D'UNE RÉGULATION DE LA CONCURRENCE INTERNATIONALE.....	23
TITRE 1 : LES LIMITES DE L'UNILATÉRALISME ET DU BILATÉRALISME DANS L'ENCADREMENT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES INTERNATIONALES	24
CHAPITRE 1 : L'INADÉQUATION DES SOLUTIONS UNILATÉRALES	26
Section 1 : L'application extraterritoriale des droits nationaux de la concurrence ...	27
I - La notion d'application extraterritoriale du droit.....	28
II - L'approche américaine.....	34
III - L'approche européenne	39
Section 2 : Les limites de l'extraterritorialité du droit de la concurrence	51
I - Les insuffisances liées à des raisons purement juridiques	52
A/ Les limites de l'effet territorial et de l'unité économique.....	53
B/ Les éventuels refus d'exequatur et l'existence de législations de blocage....	57
II - Les limites politiques	61
A/ L'utilisation de la politique de concurrence à des fins stratégiques.....	62
B/ Les risques de conflits politiques	64
CHAPITRE 2 : LES INSUFFISANCES DES ACCORDS BILATÉRAUX.....	68
Section 1 : L'organisation de la coopération bilatérale	69
I - Les accords exclusifs sur la concurrence	70
A/ La coopération bilatérale entre l'Union européenne et les États-Unis.....	72
B/ La coopération entre les États-Unis et le Canada.....	76
C/ L'Accord entre l'Union européenne et le Canada pour l'application de leur droit de la concurrence	80
II - Les accords ne visant pas spécialement la concurrence.....	83
A/ Les traités à visées techniques.....	84
B/ Les accords à finalité commerciale ou économique.....	90
Section 2 : Les limites du bilatéralisme.....	99

I - Les lacunes liées à la nature des conventions bilatérales	100
II - Les limites substantielles	107
CONCLUSION DU TITRE 1	114
TITRE 2 : L'EXISTENCE D'UN DROIT DE LA CONCURRENCE AU SEIN DE L'OMC.....	116
CHAPITRE 1 : LA PRÉSENCE D'UN ENSEMBLE DE RÈGLES DE CONCURRENCE HÉTÉROGÈNES	117
Section 1 : Des principes de l'OMC à incidence concurrentielle.....	118
I - Le principe du traitement national	121
A/ Le régime du traitement national	122
a) Les textes relatifs au principe du traitement national.....	123
b) Le champ d'application du principe du traitement national.....	125
1°) Les bénéficiaires du principe	125
2°) Les types de mesures soumis au principe du traitement national	127
B/ Le contenu du principe du traitement national	128
a) L'égalité des possibilités de concurrence	128
b) Les prescriptions juridiques formellement identiques ou formellement différentes	130
C/ Les exceptions au principe du traitement national	132
II - Le principe du traitement de la nation la plus favorisée	133
A/ Le régime du traitement de la nation la plus favorisée	134
a) Les dispositions relatives au traitement de la nation la plus favorisée.....	134
b) Le champ d'application du principe du traitement de la nation la plus favorisée.....	135
B/ Le contenu du principe du traitement de la nation la plus favorisée	136
C/ Les exceptions au principe du traitement de la nation la plus favorisée	138
III - Le principe de transparence	140
A/ Les textes juridiques relatifs à la transparence.....	140
B/ La fonction du principe de transparence	142
Section 2 : Des règles matérielles de concurrence incorporées dans les accords de l'OMC.....	143
I - La présence de règles régissant la concurrence déloyale	144
A/ La notion de concurrence déloyale.....	144
B/ La concurrence déloyale prévue par les textes de l'OMC.....	148
II - Des textes relatifs aux pratiques anticoncurrentielles	151

A/ La notion de pratiques anticoncurrentielles	152
B/ Les pratiques anticoncurrentielles régies par le dispositif de l'OMC	157
III - De l'analyse des règles concurrentielles de l'OMC en fonction des différentes théories sur la formation d'un droit de la concurrence	161
CHAPITRE 2 : UNE JURIDICTION CHARGÉE DE L'APPLICATION DU DROIT DE L'OMC.....	165
Section 1 : Le système de règlement des différends de l'OMC	166
I - Les caractéristiques du système de règlement des différends	167
II - La nature juridique du système de règlement des différends.....	173
III - Le déroulement de la procédure de règlement des différends	177
A/ La phase de traitement des différends	178
B/ La phase d'exécution des décisions et recommandations	183
Section 2 : L'application des règles de concurrence de l'OMC par l'Organe de règlement des différends.....	186
I - Le contentieux commercial intéressant le droit de la concurrence	188
A/ L'affaire Japon – Boissons alcooliques II.....	188
B/ L'affaire Thaïlande – Cigarettes (Philippines).....	190
II - Le contentieux spécial du droit de la concurrence.....	193
A/ L'affaire Japon – Pellicules.....	194
B/ L'affaire Mexique – Télécommunications	197
CONCLUSION DU TITRE 2.....	201
CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	203
PARTIE 2 : L'INADAPTATION DU DROIT DE L'OMC À LA MONDIALISATION DES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS	207
TITRE 1 : LES RAISONS DE L'INADAPTATION DU DROIT DE L'OMC.....	209
CHAPITRE 1 : UN DROIT DE LA CONCURRENCE INCOMPLET.....	210
Section 1 : Un contenu et un champ personnel restreints.....	211
I - Un droit ignorant les acteurs économiques privés	212
A/ Le défaut d'application directe du droit de l'OMC.....	212
B/ L'absence de contrainte dans les rares règles relatives aux comportements d'origine privée	218
II - Un contenu matériel insuffisant	222
A/ Les limites des dispositions concurrentielles existantes	223

B/ L'inexistence de dispositions relatives aux contrôles des concentrations entre entreprises et des ententes internationales.....	227
Section 2 : Les limites de la juridiction chargée de l'application du droit de l'OMC	229
I - Les insuffisances liées à la nature du système de règlement des différends ...	230
II - L'absence d'action directe au profit des opérateurs privés.....	234
CHAPITRE 2 : LES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DU DROIT DE L'OMC DANS UN CONTEXTE DE MONDIALISATION	239
Section 1 : La mondialisation des comportements anticoncurrentiels d'origine privée	240
I - Une situation potentielle.....	242
A/ L'accroissement des opérations de concentrations transfrontières	244
B/ L'internationalisation croissante des marchés.....	247
C/ La puissance acquise par les entreprises multinationales.....	252
II - Une situation concrète.....	256
A/ Les abus de position dominante et la mondialisation.....	257
B/ Les ententes internationales.....	262
Section 2 : Les difficultés de l'ORD dans la saisine des comportements d'origine privée	265
I - Les limites institutionnelles des sanctions de l'ORD	267
II - Les difficultés de l'ORD dans la saisine des comportements d'origine privée	270
CONCLUSION DU TITRE 1	276
TITRE 2 : L'AMÉLIORATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'OMC .	277
CHAPITRE 1 : L'ADOPTION D'UN ACCORD MULTILATÉRAL SUR LA CONCURRENCE ET UNE RÉFORME DE L'ORD.....	278
Section 1 : Un accord OMC sur la concurrence	279
I – Les arguments en faveur d'un accord multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC.....	280
A/ L'insuffisance des autres solutions multilatérales.....	281
B/ La prise de conscience opérée au sein de l'OMC.....	288
II – Les obstacles à la conclusion d'un accord OMC sur la concurrence	296
Section 2 : Le perfectionnement du système de règlement des différends.....	303
I – Une réforme aux fins d'une meilleure application des dispositions concurrentielles existantes	304

II – L’intégration des acteurs privés dans le système de règlement des différends	310
CHAPITRE 2 : L’ÉTUDE PROSPECTIVE DU CONTENU D’UN ACCORD MULTILATÉRAL SUR LA CONCURRENCE	314
Section 1 : Des principes généraux sur le droit et la politique de la concurrence... ..	316
I – L’engagement sur l’adoption d’une législation sur la concurrence.....	317
II – L’incorporation des principes fondamentaux de l’OMC	318
A/ La non-discrimination	319
B/ La transparence.....	323
C/ L’équité au plan de la procédure	325
III – La consécration d’un principe de traitement spécial et différencié	326
Section 2 : Des dispositions sur les pratiques anticoncurrentielles unanimement condamnées et l’organisation de la coopération.....	328
I – L’encadrement des comportements anticoncurrentiels classiques	329
II – La coopération dans l’application des législations sur la concurrence	336
CONCLUSION DU TITRE 2.....	345
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	346
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	347
BIBLIOGRAPHIE	355
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	391
TABLE DES MATIÈRES	394