OPTIONS EN VUE DE L'INTERNATIONALISATION DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Définir les intérêts du Canada

OPTIONS EN VUE DE L'INTERNATIONALISATION DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Définition des intérêts canadiens

Résumé i

I. INTRODUCTION 1

II. PORTÉE DU DÉBAT 2

III. APPROCHES APPLICABLES À L'INTERNATIONALISATION DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE 3

IV. OBSTACLES POSSIBLES À LA CONCLUSION D'UN ACCORD MULTILATÉRAL SUR LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE 4

V. *LOI SUR LA CONCURRENCE* ET L'OMC 6

a. Accord sur les mesures anticoncurrentielles qui touchent au commerce (l'Accord MAC) 6

b. Dispositions de base 6

i. ÉTABLISSEMENT D'UNE LOI VALABLE SUR LA CONCURRENCE . . . 7

ii. PRINCIPES COMMUNS 7

(a) Transparence 7

(b) Traitement national, non-discrimination 8

(c) Équité de la procédure 8

iii. APPROCHES SUBSTANTIVES COMMUNES 9

(a) Cartels et complots 9

(b) Abus de position dominante/ monopolisation 10

(c) Fusionnements 11

iv. COOPÉRATION 12

v. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET POLITIQUE DE LA CONCURRENCE : OPTIONS POSSIBLES 14

(a) L'entente actuelle de l'OMC en matière de règlement des différends 14

(b) Un mécanisme d'examen de la politique de la concurrence 15

(c) Un conseil des mesures anticoncurrentielles qui touchent au commerce 16

VI. CONCLUSION 16

ANNEXE A 18

a. Expérience bilatérale 18

b. Expérience régionale 18

c. Expérience multilatérale 19

ANNEXE B 22

Industry Canada
Library - LKC

MAI
MAY 1 2 2015

Industrie Canada
Bibliothèque - BCS

RÉSUMÉ

Au fur et à mesure que les entraves publiques à l'accès sont éliminées, provoquant la libéralisation et l'ouverture des marchés, certains s'inquiètent de la possibilité que ces entraves soient remplacées par des obstacles privés plus subtils. On se demande aussi dans quelle mesure l'application des lois sur la concurrence est assez vigoureuse pour empêcher toute conduite anticoncurrentielle qui restreindrait l'accès des concurrents étrangers aux marchés. Il est certain que la coopération entre les autorités antitrust en matière d'application de la loi a pu générer un appui grandissant envers la mondialisation de la politique de concurrence afin de garantir l'application efficace et sans heurts des lois dans ce domaine tout en évitant le risque de conflits qui touchent les compétences et les frontières.

Des principes de concurrence sont énoncés dans les accords de l'OMC, notamment dans l'accord anti-dumping, l'accord sur les obstacles techniques au commerce, l'accord sur les télécommunications de base du GATS, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et l'Accord de libre-échange Canada-Chili (ALECC). L'OCDE a aussi produit quelques instruments non exécutoires régissant les ententes injustifiables, la coopération et les préavis de fusionnement ainsi que les formulaires de déclaration des fusionnements. Le Bureau de la concurrence participe de plus en plus aux efforts de collaboration formelle et informelle avec des autorités antitrust à l'échelle internationale.

Si les ministres acceptent d'entamer des négociations sur la politique de concurrence, les négociateurs seront confrontés à plusieurs questions complexes qui devront être résolues : les différents objectifs de la politique de concurrence qu'on retrouve chez les membres de l'OMC, les différences d'orientation entre les politiques touchant la concurrence et le commerce, la première étant centrée sur le processus concurrentiel, tandis que la deuxième s'attache aux entreprises concurrentes en soi, et le fait que les règles de l'OMC visent les mesures gouvernementales et non pas les décisions des entreprises privées. Et ce ne sont là que des exemples parmi tant d'autres.

Peut-être que, dans un premier temps, un accord multilatéral sur la politique de concurrence ne devrait pas avoir une portée générale; il devrait plutôt représenter un consensus sur des dispositions ou des éléments essentiels. Certains théoriciens ont suggéré que l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) serve de point de départ conceptuel à un éventuel accord de l'OMC sur la politique de concurrence.

Un accord sur les aspects des mesures anticoncurrentielles touchant au commerce (l'Accord MAC) contiendrait des principes et des mesures procédurales de base : l'obligation d'établir une loi sur la concurrence assortie d'une portée suffisante ainsi que de pouvoirs d'enquête et de décision adéquats et indépendants; l'engagement envers les principes de transparence, de traitement national, de non-discrimination et d'équité procédurale; une approche fondamentale commune à l'endroit des cartels, des abus de position dominante et des fusionnements; la création de mécanismes visant à faciliter la coopération entre les autorités antitrust. Les conflits relatifs à la conformité d'une loi nationale sur la concurrence aux obligations imposées par l'Accord MAC seraient résolus en fonction des procédures de règlement des

différends de l'OMC. Cependant, le recours à ces procédures pour examiner les décisions prises par un organisme national antitrust est délicat, car il toucherait directement l'indépendance des instances et des méthodes d'application de leurs décisions, d'où le risque que l'OMC s'ingère après-coup dans les décisions de ces instances décisionnelles en matière de concurrence.

L'établissement de mécanismes de soutien serait une condition préalable à la mise en oeuvre d'un accord de l'OMC sur la politique de concurrence. Un processus d'examen par les pairs semblable au Mécanisme d'examen des politiques commerciales, désigné sous le nom de Mécanisme d'examen de la concurrence (MEC), permettrait aux pays signataires de bénéficier d'un examen objectif portant à la fois sur la conformité des dispositions de fond de leur loi aux dispositions de l'Accord MAC et sur les efforts d'application de la loi déployés par les instances nationales. Cet examen par les pairs présenterait aussi l'avantage d'une transparence accrue. Un conseil d'experts pourrait être un forum en ce qui concerne les consultations et l'établissement d'ententes de coopération. De surcroît, un Conseil de l'Accord MAC pourrait offrir aux membres une tribune servant à la consultation et à la résolution des problèmes d'accès aux marchés d'une manière satisfaisante pour tous les intéressés. Il faudra absolument prévoir par ailleurs des services d'assistance technique destinés à aider les pays qui n'ont aucune politique de la concurrence ou qui se trouvent aux premières étapes de mise en oeuvre d'une telle politique à respecter les conditions de l'Accord MAC.

En cherchant un accord sur la politique de concurrence, le Bureau de la concurrence est conscient que son indépendance joue un rôle déterminant dans la gestion de son programme d'application de la loi et permet de veiller à ce que celui-ci soit fondé sur des motifs liés à la concurrence. La loi et les politiques du Canada en matière de concurrence ont contribué grandement à l'efficience accrue de l'économie canadienne et à la vitalité des entreprises tout en protégeant les consommateurs contre toute emprise sur le marché. Tout cadre concurrentiel établi sous l'égide de l'OMC devrait venir appuyer les objectifs et principes canadiens.

OPTIONS EN VUE DE L'INTERNATIONALISATION DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Définir les intérêts du Canada

I. INTRODUCTION

La politique de la concurrence a pris beaucoup d'importance dans le programme de la politique commerciale internationale et joue un rôle de plus en plus crucial dans le cadre de certains accords commerciaux régionaux. Le programme commercial porte de plus en plus sur le renforcement des marchés, ainsi que sur leur ouverture. À la suite de la réduction progressive ou de l'élimination des obstacles érigés par le secteur public, notamment les droits de douane et les quotas, le comportement des entreprises privées est de plus en plus en mesure de réduire la concurrence tant nationale qu'internationale.

La politique de la concurrence a fait l'objet d'études et de discussions approfondies pendant de nombreuses années au sein de l'OCDE, mais le débat porte maintenant sur l'application appropriée des politiques nationales de la concurrence et sur la nécessité de mieux coordonner et concerter l'application de ces politiques. L'intérêt croissant que suscitent les règles multilatérales dans le domaine de la politique de la concurrence est lié à l'effet de l'activité anticoncurrentielle sur les divers marchés, à l'efficacité des mesures nationales d'enquête et d'application de la loi dans le cadre d'affaires relevant de plusieurs compétences, et aux défis que présente cette situation sur le plan de la compétence nationale et de l'application de la loi. De plus en plus, diverses autorités chargées de la concurrence scrutent concurremment des transactions, notamment les ententes horizontales, les fusionnement et les coentreprises. Le caractère multipartite de ces activités accroît l'intérêt de la coopération entre autorités chargées de la concurrence en vue d'utiliser la loi sur la concurrence pour régir les pratiques transfrontalières anticoncurrentielles.

L'internationalisation de la politique de la concurrence pose des défis complexes aux décideurs. À cet égard, il importe de souligner qu'il existe encore d'importantes différences entre les normes et les méthodes d'application de la politique de la concurrence en vigueur dans les principales nations commerçantes, malgré plus d'une décennie de convergence graduelle des techniques analytiques. Ces différences sont profondément ancrées et reflètent les caractéristiques économiques, juridiques culturelles et historiques distinctes de chaque pays. En outre, un certain nombre de pays n'ont pas adopté de loi sur la concurrence. Par conséquent, toute évolution en vue de l'adoption de règles multilatérales régissant la politique de la concurrence nécessitera de vastes délibérations portant spécifiquement sur ces questions. Au Canada, la politique de la concurrence a toujours été adaptée aux caractéristiques de la petite économie ouverte du pays. Dans tous les travaux pouvant mener à l'adoption d'un code multilatéral en matière de politique de la

concurrence, il faudra évaluer les répercussions d'une telle entente sur les options stratégiques du Canada.

Un autre important ensemble de facteurs a trait aux conséquences que des règles internationales en matière de concurrence et des dispositions visant le règlement des différends auraient sur les processus d'application de la loi et sur les structures institutionnelles des divers pays. À cet égard, l'indépendance relative des organismes chargés de la concurrence et des processus décisionnels liés à l'exécution de la loi, peu assujettis à l'influence politique, est largement perçue, notamment au Canada, comme essentielle au succès et à la crédibilité de ces organismes, qui peuvent ainsi établir des règles du jeu équitables pour tous sur les marchés. Le Canada tiendrait à participer à toute délibération multilatérale relative à la politique de la concurrence pour veiller en particulier au maintien de cette indépendance pour les organismes décisionnels chargés de la mise en application et pour les pouvoirs connexes.

L'importance croissante de la politique de la concurrence comme volet de la politique économique et nationale est particulièrement évidente au Canada. La *Loi sur la concurrence* du Canada a été systématiquement modernisée en fonction de la nouvelle pensée économique touchant les ententes économiques et les stratégies commerciales utilisées par les entreprises qui réagissent aux pressions de la concurrence mondiale. De fait, la loi et la politique du Canada en matière de concurrence contiennent des éléments importants qui répondent aux besoins d'une économie en voie d'internationalisation et qui ont largement contribué au succès lorsqu'il s'est agi de rationaliser l'économie canadienne, de renforcer le dynamisme des entreprises et de protéger les consommateurs contre la puissance commerciale.

On prévoit maintenant le lancement d'une nouvelle série de négociations commerciales internationales à l'occasion de la Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui se déroulera à Seattle du 30 novembre au 3 décembre 1999. Le présent document vise surtout à recueillir les opinions des spécialistes canadiens de la concurrence et du droit commercial ainsi que celles de leurs clients et celles des universitaires au sujet de nombreuses questions qui pourraient se présenter si la politique de la concurrence devait être examinée dans le cadre de la prochaine série de négociations multilatérales. Il convient de signaler que les principes et les concepts exposés ici sont également évalués dans le contexte des travaux du groupe de négociation de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) chargé de la politique de la concurrence. Premièrement, le document définit la portée du débat sur les conséquences internationales de l'application du droit de la concurrence. Deuxièmement, les auteurs discutent les approches applicables à l'internationalisation de la politique de la concurrence. Troisièmement, ils décrivent certains des obstacles à la négociation de règles sur la politique de la concurrence. Finalement, ils traitent des

approches à adopter et en particulier de l'application du mécanisme de règlement des différends de l'OMC dans les affaires relevant de la politique de la concurrence. L'annexe A fournit un résumé des engagements internationaux actuels du Canada en ce qui concerne la politique de la concurrence. On trouvera regroupées à l'annexe B les questions qui sont posées tout au long du document.

II. PORTÉE DU DÉBAT

La politique de la concurrence est à juste titre perçue comme un instrument qui peut contribuer à maintenir et à protéger la concurrence. L'étude récente de l'OCDE sur la réforme de la réglementation fait valoir que l'application de la politique de la concurrence est un élément clé permettant de veiller à ce que les réformes mises en oeuvre soient favorables à la concurrence et au jeu des forces du marché qui régissent l'utilisation des ressources. Il convient de signaler que ce principe s'applique aussi à la libéralisation du commerce et des investissements. Le rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation a montré que cette réforme peut poser des problèmes particuliers aux entreprises étrangères lorsque des obstacles de réglementation sont remplacés par des obstacles privés, moins transparents. Dans ce contexte, l'application d'une loi sur la concurrence est un complément obligé de la réforme de la réglementation, et l'attention des autorités chargées de la concurrence est d'autant plus nécessaire qu'il faut répondre à ces préoccupations.

Une deuxième grande dimension de la question correspond aux normes et aux procédés d'application de fond qu'imposent les lois nationales. Cet aspect reflète une reconnaissance généralisée du fait que la simple existence d'une loi bien libellée n'est pas en elle-même suffisante pour prévenir l'exclusion des producteurs étrangers ni empêcher d'autres contraintes de s'exercer sur le commerce et les investissements internationaux. Cette question est particulièrement bien mise en valeur par les négociations commerciales récentes des États-Unis avec le Japon au sujet des semi-conducteurs et des pièces d'automobile ainsi que par le conflit concernant les pellicules photographiques, qui a été soumis à l'OMC en 1997.

Une troisième dimension de l'internationalisation de la politique de la concurrence qui trouve de plus en plus d'appuis a trait à la coopération internationale visant les activités de mise en application. La collaboration en matière d'exécution peut englober des enquêtes mixtes ou parallèles menées par les autorités chargées de la concurrence dans divers pays et (ou) la mise en commun d'information entre les pays. Dans le contexte nord-américain, nous avons l'*Accord canado-américain concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales*. En outre, l'accord Canada-Union européenne de coopération en matière de concurrence entrera en vigueur en 1999 et devrait favoriser une plus grande coopération en matière d'application de la loi entre le Bureau et les autorités chargées de la

concurrence dans l'Union européenne. Au palier plurilatéral, l'OCDE a adopté en 1995 une *Recommandation révisée sur la coopération entre pays Membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux* et, en 1998, une recommandation qui encourage la coopération visant à éliminer les ententes injustifiables. Aucun de ces instruments ne touche les protections législatives nationales en matière de confidentialité de l'information, qui sont intégrées à la loi dans la plupart des pays avancés pour limiter les circonstances dans lesquelles les organismes régissant la concurrence peuvent collaborer à des activités.

Le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE (CLP) a entrepris d'importants travaux d'analyse relativement à la coopération entre les pays membres de l'OCDE dans les dossiers liés à la politique de la concurrence. Le plus récent exemple en est l'adoption d'un cadre pour la notification des fusionnement transnationaux, le 5 février 1999. On croit que ce cadre favorisera l'harmonisation des formules de notification et aidera les autorités chargées de la concurrence à déterminer les besoins en information, selon les cas, ce qui contribuera à accroître l'efficacité d'application des règles relatives aux fusionnements. En outre, l'OCDE évalue les principes de la courtoisie positive ainsi que des moyens pour améliorer la coopération en matière d'application, pour lutter contre les ententes injustifiables et, peut-être, pour guider utilement l'exploration des concepts applicables à la coopération en matière d'application. Le Groupe de travail 3 du CLP tiendra bientôt une table ronde sur la cueillette et le partage de renseignements confidentiels.

III. APPROCHES APPLICABLES À L'INTERNATIONALISATION DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Dans les années 1990, un certain nombre de propositions portant sur la convergence des règles relatives à la concurrence ont été présentées. Une de ces propositions, avancée par un groupe de spécialistes de la concurrence (le Groupe de Munich), visait l'ébauche d'un code international antitrust[1]. Ce groupe recommandait l'adoption d'un code international antitrust couvrant les grands secteurs du droit de la concurrence et entre autres les ententes horizontales et verticales, les fusionnements et les acquisitions, les rapports entre le droit de la concurrence et les politiques industrielles, l'établissement d'un organisme international antitrust assumant de concert avec les gouvernements nationaux la responsabilité de l'application des règles internationales de concurrence.

Un groupe de travail établi par l'American Bar Association a publié un rapport (le rapport ABA) dans lequel il prône une entente entre États concernant quelques principes fondamentaux, notamment le caractère illégal des cartels et l'harmonisation des exigences de rapport en vertu des lois des

[1]Draft International Antitrust Code (19 juillet 1993), reproduit dans le 65 Antitrust and Trade Reg. Rep. (BNA) n° 1628 (numéro spécial), (19 août 1993).

divers États en matière de fusionnement[2]. La proposition contenue dans le rapport est beaucoup plus modeste que le projet de code international antitrust et porte sur l'harmonisation partielle, par entente entre États, de certains principes fondamentaux, sans instaurer de vastes pouvoirs internationaux pour veiller au respect des règles internationales.

Un groupe d'experts a rédigé, à la demande de la Communauté européenne, un rapport qui présente une approche pour introduire une politique de la concurrence dans le contexte de l'OMC[3]. On y recommande une approche à deux volets : coopération bilatérale accrue et entente, au sein de l'OMC, jetant les principes de base, y compris l'interdiction des cartels et des boycotts.

Diverses compétences interdisant les trusts ont entrepris d'importants travaux pour promouvoir la coopération. Des ententes bilatérales sur les lois et la politique de la concurrence ont été conclues entre grandes nations industrialisées, et ces ententes définissent des liens de collaboration entre les parties, notamment pour la consultation et les échanges de renseignements, y compris des renseignements confidentiels, dans les limites autorisées par les lois nationales. L'entente signée par l'Australie et la Nouvelle-Zélande en 1990 et harmonisant les lois sur la concurrence applicables au commerce transtasmanien illustre bien cette intensification de la collaboration. Les deux pays y conviennent d'étendre les interdictions touchant le recours anticoncurrentiel à la puissance commerciale dans les sections pertinentes de leur droit respectif en matière de concurrence.

Enfin, de nombreux travaux innovateurs ont été réalisés par les milieux universitaires pour faire avancer la réflexion sur les mérites de l'intégration de la politique de la concurrence dans le cadre de l'OMC[4].

IV. OBSTACLES POSSIBLES À LA CONCLUSION D'UN ACCORD MULTILATÉRAL SUR LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

---

[2]American Bar Association, Report of ABA Special Committee on International Anti-Trust (1991).

[3]La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : Renforcement de la coopération et des règles au niveau international, Commission européenne, 1995.

[4]Eleanor Fox et Cooperation Ordover, « The Harmonization of Competition and Trade Law » dans *Competition Policy in the Global Economy*, sous la direction de Leonard Waverman, William S. Comanor et Akira Goto, Routledge Studies in the Modern World Economy, 1997; F.M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, The Brookings Institution, Washington, D.C., 1996; Mitsuo Matsushita, « Reflections on Competition Policy/Law in the Framework of the WTO » dans *1997 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, dir., Barry Hawk; Competition Policies for the Global Economy, sous la direction de Edward Graham et J. David Richardson, Institute for International Economics, Washington, D.C., 1997. Michael J. Trebilcock, « Reconciling Competition Laws and Trade Policies: A New Challenge to International Cooperation » dans *Comparative Competition Policy, National Institutions in a Global Market*, sous la direction de G. Bruce Doern et Stephen Wilks, Clarendon Press, Oxford, 1996. Milos Barutciski, "The Two Solitudes: Trade and Competition Policy", Canadian Bar Association, 1998 Annual Competition Law Conference.

Avant que l'on parvienne à un accord-cadre de l'OMC sur la politique de la concurrence, il faudra régler plusieurs questions épineuses.

Premièrement, et surtout, un certain nombre d'organismes chargés de la politique de la concurrence et de spécialistes du domaine ont exprimé leurs préoccupations au sujet de l'effet contraignant d'une entente internationale sur la capacité des pays de formuler leurs propres lois et de gérer leur propre programme d'application. Les réserves concernent la délégation d'une responsabilité de supervision à un organisme international qui réviserait les jugements et les recours dans des affaires déjà réglées, y compris des affaires criminelles. Est-ce que les membres de l'OMC sont disposés à permettre à un comité de l'OMC de renverser des décisions prises par les autorités nationales de la concurrence ou par des organismes d'arbitrage nationaux et basées sur des preuves matérielles ou sur des décisions et des jugements subjectifs, ou encore de se substituer aux cours d'appel nationales pour superviser les organismes chargés de la concurrence?

Deuxièmement, il faut tenir compte des importantes différences entre les compétences antitrust pour ce qui est des objectifs et des buts des lois sur la concurrence [efficacité par opposition à intérêt des consommateurs, intégration des marchés], du niveau d'interdépendance, de la portée et de la couverture [traitements spéciaux accordés à des secteurs et à des activités donnés], des normes d'application s'appliquant à divers types de comportements anticoncurrentiels [en soi, par opposition à la règle de raison]. Ces différences sont dans une large mesure attribuables au fait que les lois sur la concurrence reposent sur des critères économiques, et donc que les différences entre les lois sur la concurrence reflètent la diversité des structures économiques, des politiques, des régimes juridiques et de l'expérience concrète relativement à l'application de la politique de la concurrence.

Troisièmement, la politique de la concurrence et la politique commerciale n'ont pas la même orientation. La loi sur la concurrence est un cadre juridique qui s'inscrit essentiellement au niveau national. Elle est appliquée à l'échelle de l'économie, avec certaines exceptions. L'accent porte sur le maintien et la promotion de la concurrence, ce qui s'oppose à la politique commerciale internationale généralement établie au niveau du secteur ou des produits et mettant l'accent essentiellement sur les intérêts économiques nationaux et sur les préoccupations des concurrents nationaux dans leurs efforts de servir des marchés étrangers et de protéger leur base de marché intérieur. Cette différence est immédiatement perceptible dans l'expression utilisée en politique commerciale d'« accès aux marchés », qui met l'accent sur le rôle de la concurrence « étrangère » sur les marchés. Le but premier de la libéralisation des échanges est de veiller à ce que les mesures gouvernementales n'aient pas d'effets défavorables sur les concurrents étrangers à l'intérieur des marchés nationaux. Les pays sont tenus de garantir l'égalité des chances, et s'ils ne respectent pas les engagements

pris en vertu des ententes commerciales, ils risquent de voir la partie lésée se tourner vers les organismes de règlement des différends. Par contre, le droit de la concurrence n'est pas adapté au règlement du problème précis que constitue l'exclusion de concurrents individuels ou de catégories de concurrents.

Quatrièmement, les règles de l'OMC ont trait aux mesures gouvernementales et ne visent pas à limiter les décisions que prennent les entreprises privées dans les États membres de l'OMC. Rien dans le système de l'OMC ne menace les principes fondamentaux de la liberté contractuelle. Au contraire, le régime commercial international repose sur le principe que les gouvernements ne devraient pas intervenir relativement à la capacité des entreprises privées de commercer à l'échelle mondiale. Par conséquent, les décisions de traiter seulement avec ses concitoyens ou de s'abstenir de traiter avec des ressortissants étrangers ne contreviendraient pas aux principes de la concurrence à moins que l'entreprise n'ait détourné la puissance commerciale et que la concurrence elle-même ne soit menacée. Pourtant, une telle discrimination est une importante source de préoccupation pour la communauté commerciale internationale. Certains spécialistes et certaines autorités antitrust ont donc soutenu que les autorités chargées de la concurrence ne devraient pas s'immiscer dans les questions d'« accès au marché », sauf si les principes de la concurrence sont clairement en jeu.

Cinquièmement, seuls quelque 70 membres de l'OMC ont adopté une loi sur la concurrence. D'autres sont en voie d'en adopter une. Pour convaincre les membres qui n'ont toujours pas une telle loi de le faire, il faudrait peut-être que d'autres membres possédant une expérience notable dans ce secteur stratégique s'engagent à fournir une assistance technique quelconque, de façon permanente.

V. *LA LOI SUR LA CONCURRENCE* ET L'OMC

a. Accord sur les mesures anticoncurrentielles qui touchent au commerce (l'Accord MAC)

Sur le plan conceptuel, un certain nombre d'options[5] ont été envisagées pour inscrire le droit de la concurrence dans le cadre de l'OMC. Comme l'ont proposé divers observateurs, les membres de l'OMC pourraient négocier une nouvelle entente sur le droit et la politique de la concurrence, dans l'esprit des accords existants, tel celui sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) et, en particulier, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

---

[5]Brian Hindley, « Competition Law and the WTO: Alternative Structures for Agreement » dans *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade? vol .2. Legal Analysis*. Sous la direction de Jagdish Bhagwati et de Robert E. Hudec. Cambridge et Londres, MIT Press, 1996, p. 339.

En vertu de l'Accord sur les ADPIC, les membres sont tenus de respecter des normes minimales pour protéger les droits de propriété intellectuelle (notamment pour les programmes informatiques protégés par le droit d'auteur et la période minimale de 20 ans dans le cas des brevets) et de consacrer ces normes dans leurs lois et réglementations nationales. Il a été suggéré qu'au départ, un accord-cadre multilatéral sur la politique de la concurrence -- l'Accord MAC -- ne serait pas de vaste portée mais viserait essentiellement l'établissement d'un consensus sur les éléments ou les dispositions de base.

b. Dispositions de base

Un Accord MAC qui touche au commerce pourrait comprendre les éléments suivants :

- l'obligation d'instaurer une loi sur la concurrence et une autorité indépendante chargée de la concurrence;
- l'obligation d'adopter des principes communs : transparence, traitement national, non-discrimination, accès au système pénal, protection raisonnable de l'information confidentielle et des renseignements de fabrication;
- l'obligation d'adopter des approches de base communes relativement aux contraintes horizontales et verticales, à l'abus de position dominante / de monopole et aux notifications préalables aux fusionnements;
- l'encouragement à la coopération;
- le règlement des différends.

***i.* ÉTABLISSEMENT D'UNE LOI VALABLE SUR LA CONCURRENCE**

D'abord et avant tout, les signataires devraient établir un régime juridique national valable en matière de concurrence, appuyé par une autorité indépendante qui serait dotée des pouvoirs et des ressources nécessaires, aurait pour mandat de promouvoir la concurrence et aurait accès à des mécanismes de dissuasion efficaces.

Les objectifs de la loi devraient être exposés clairement dans le droit national et s'appliqueraient à pratiquement toutes les activités et à tous les secteurs de l'économie nationale, avec le moins d'exceptions ou de traitements préférentiels possibles. L'objectif fondamental de la politique de la concurrence 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[6].

---

[6]L'efficacité est l'objectif suprême des lois canadienne et américaine en matière de concurrence. Dans le cas de l'UE et du Japon, si l'efficacité n'est pas le seul but de leurs lois elle constitue un objectif de poids. En outre, le commerce efficace est la norme au sein de l'OMC, alors que l'ensemble de principes adoptés par le CNUCED en matière de pratiques commerciales restrictives vise à promouvoir l'efficacité à l'échelle mondiale.

Question n° 1
Compte tenu de la discussion qui précède, quels éléments sont nécessaires et suffisants pour que les pays adoptent une politique saine en matière de concurrence?

Question n° 2
Certains pays ne sont peut-être pas en mesure d'intégrer concurremment tous les éléments d'une saine politique de la concurrence. Quels sont les éléments qu'il faudrait instaurer dès le départ?

ii. PRINCIPES COMMUNS

Les questions d'équité de la procédure, de transparence et de non-discrimination dans le contexte de la politique de la concurrence définissent les droits des entités privées visées ou intéressées par certaines dispositions de la loi sur la concurrence ainsi que les mesures correctives administratives ou judiciaires qui sont mises à leur disposition.

(a) Transparence

À mesure que l'intégration des marchés s'accentue, les décisions d'application et les choix stratégiques d'une autorité de la concurrence sont de plus en plus susceptibles de toucher des entreprises d'autres pays. Il devient donc souhaitable que les autorités chargées de la concurrence dans chaque pays échangent de l'information au sujet de leurs politiques d'application et de leurs décisions, tant avec leurs homologues des autres pays qu'avec les entreprises étrangères.

La transparence des lois et des modalités d'application de la loi encouragerait la confiance des entités privées et pourrait accroître la probabilité que des entreprises cherchent des occasions de commercer et d'investir sur les marchés étrangers. Cet aspect est particulièrement pertinent dans le contexte international car les lois et les pratiques étrangères, par opposition aux lois et aux pratiques nationales, sont plus susceptibles d'être mal comprises et abordées avec une certaine méfiance.

Un Accord MAC qui touche au commerce pourrait s'inspirer de l'accord sur les ADPIC, de sorte que les membres seraient tenus de rendre publics les lois, les règlements et les engagements internationaux touchant leurs obligations et de les notifier à l'OMC. Il faudra toutefois prévoir une forme quelconque d'accréditation pour certains pays où toutes les décisions ne sont pas publiées. Des pays pourraient s'engager à communiquer les documents propres à accroître la transparence des lois sur la concurrence, notamment des rapports annuels, des discours, des publications et des explications de décision des autorités chargées de la concurrence ainsi que des lignes directrices et des décisions des tribunaux et du Tribunal de la concurrence.

(b) Traitement national, non-discrimination

L'obligation de réserver le même traitement aux étrangers et aux ressortissants du pays est consacrée dans l'article III du GATT. Les produits étrangers (produits, services et propriété intellectuelle) doivent donc recevoir un traitement aussi favorable que celui qui est réservé aux produits nationaux en vertu des mesures internes, à l'exception des mesures à caractère financier. Si la plupart des lois sur la concurrence ne font pas de distinction entre les entreprises nationales et les entreprises étrangères, il arrive que certaines exceptions prévues dans la loi sur la concurrence aient pour effet d'établir une discrimination contre la concurrence étrangère. Par conséquent, il faudra instaurer un mécanisme pour régler de telles questions[7].

L'article 1 du GATT [article de la nation la plus favorisée (NPF)] interdit aux États d'établir une distinction entre les produits et services étrangers d'après la nationalité. En vertu du principe de la NPF, toutes les entreprises étrangères doivent jouir des mêmes droits et avoir les mêmes recours dans une compétence antitrust donnée. En vertu de la loi sur la concurrence, toutes les entreprises étrangères jouissent des mêmes droits et privilèges et peuvent se prévaloir des mêmes recours devant les organismes responsables de la concurrence et les tribunaux du pays.

Question n° 3
Est-ce que les principes de transparence, de traitement national et de non-discrimination préconisés par l'OMC sont compatibles avec l'application de la loi et de la politique de la concurrence? Serait-il souhaitable d'intégrer ces attributs à un Accord MAC qui touche au commerce?

(c) Équité de la procédure

Les garanties minimales d'équité de la procédure, inscrites dans un Accord MAC qui touche au commerce, pourraient exiger qu'un régime de concurrence légiféré prévoit, par exemple, un accès raisonnable au système judiciaire (y compris pour des questions comme le statut d'intervenant des parties intéressées et le droit d'appel), le droit de présenter une pétition aux autorités chargées de la concurrence, l'équité dans la conduite des enquêtes et le droit d'entamer des poursuites à titre privé.

Une étude de l'OCDE consacrée aux droits des entreprises étrangères en vertu des lois sur la concurrence a permis de constater que les rôles des autorités chargées de la concurrence et des tribunaux sont fort différents selon les pays. Dans certains pays, des entités privées peuvent intenter

[7]La compatibilité de l'article 9 de la *Loi sur la concurrence* et des principes de traitement national consacrés par l'OMC devrait être vérifiée. L'article 9 prévoit que six personnes résidant au Canada et âgées de 18 ans au moins peuvent demander au commissaire de procéder à une enquête.

leurs propres poursuites judiciaires, alors que dans d'autres où un tel recours n'est pas prévu l'organisme chargé de la concurrence est obligé de faire enquête et de régler toutes les plaintes valables. La plupart des pays combinent ces deux approches.

Question n° 4
Dans quelle mesure les questions d'équité de la procédure devraient-elles être réglées au moyen d'un Accord MAC qui touche au commerce?

iii. APPROCHES SUBSTANTIVES COMMUNES

Trois domaines ont été définis dans la documentation comme particulièrement pertinents pour veiller à ce que les avantages découlant de la libéralisation des échanges ne soient pas minés par un comportement anticoncurrentiel privé : il s'agit des cartels et complots, de l'abus de position dominante et des fusionnements.

(a) Cartels et complots

Les ententes horizontales, c'est-à-dire des formes de comportement coordonnées entre entreprises concurrentes, sont généralement réparties en deux catégories : celles qui constituent des ententes injustifiables, par exemple la fixation des prix, la limitation de production, le partage des marchés, la répartition de la clientèle et les soumissions concertées, qui peuvent normalement réduire ou éliminer la concurrence et ne favorisent nullement l'efficacité de l'économie, et celles qui n'ont guère d'effet sur la concurrence ou qui peuvent la favoriser ou avoir des effets bénéfiques compensant leurs effets anticoncurrentiels. On trouve des exemples de la deuxième catégorie au niveau de la recherche et du développement et dans les ententes de spécialisation ou de rationalisation.

Dans certaines compétences, les premières sont considérées comme des infractions en tant que tel alors que les secondes font l'objet d'une analyse axée sur la « règle de raison », pour vérifier leurs effets probables, en fonction des caractéristiques propres au cas. La plupart des pays considèrent les ententes injustifiables comme éminemment nuisibles et en font les infractions les plus graves à la loi sur la concurrence. Ce type de collusion peut gravement ébranler le régime concurrentiel, au détriment des consommateurs et des producteurs de biens intermédiaires. Une telle collusion est en outre nuisible en ce qu'elle mine la confiance publique à l'égard du marché concurrentiel.

Le 25 mars 1998, le conseil de l'OCDE a adopté une recommandation concernant une action efficace contre les ententes injustifiables[8]. La

[8]La recommandation définit les « ententes injustifiables » comme étant 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

recommandation précise que les membres devraient (1) faire en sorte que leur législation de la concurrence mette fin aux ententes injustifiables et ait un effet dissuasif à l'égard de ces ententes; (2) collaborent pour appliquer leurs lois dans ce domaine. L'adoption de la recommandation de l'OCDE par l'OMC élargirait la portée des mesures d'application contre de telles ententes, renforçant ainsi la volonté des pays de régler le problème des cartels internationaux et encourageant la coopération.

Question n° 5
Convenez-vous qu'en matière de cartels il devrait y avoir une approche commune consacrée dans un Accord MAC **qui touche au commerce? Expliquez votre réponse.**

Les cartels d'exportation sont exemptés des lois sur la concurrence dans un certain nombre de pays, sous prétexte soit que les exportateurs ont besoin de certains pouvoirs compensatoires pour concurrencer effectivement les rivaux étrangers[9], soit que ce qui se passe à l'étranger ne les concerne pas. Cependant, avec la prolifération de telles exemptions dans les compétences antitrust, tout avantage national a été érodé par les gestes posés par les cartels d'exportation des autres pays. On peut aussi soutenir que les cartels d'exportation, puisqu'ils sont anticoncurrentiels par nature du point de vue de l'intérêt mondial, ne peuvent s'harmoniser avec une saine politique de la concurrence.

Question n° 6
Croyez-vous qu'un Accord MAC **qui touche au commerce devrait permettre d'exempter les cartels d'exportation? Ou prévoir d'autres exceptions (veuillez préciser lesquelles et expliquer vos raisons)?**

***(b)* Abus de position dominante/monopolisation**

Dans un certain nombre d'instances antitrust, la notion d'exploitation de sa puissance commerciale par une seule société ou d'utilisation de méthodes impropres pour s'assurer ou conserver la puissance commerciale existe dans les lois sur la concurrence. On utilise divers termes pour décrire ces notions : « abus de position dominante », « monopolisation », ou « abus de puissance commerciale ». Les lois sur la concurrence contiennent également une notion connexe, celle de la « domination conjointe » lorsque des sociétés multiples sont en cause, ce qu'il ne faut cependant pas confondre avec l'activité de sociétés en vertu d'un « accord ». Les activités auxquelles la notion d'abus de domination s'applique incluent la vente exclusive, la vente liée, le

---

diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité ». Le terme « anticoncurrentiel » doit être interprété dans chaque pays en fonction des lois nationales.

[9]Si les exportateurs nationaux peuvent ensemble exercer suffisamment de puissance commerciale étrangère, ils peuvent détourner au profit des habitants de leur pays la rente économique des étrangers.

contrôle de ressources rares, et les arrangements contractuels comportant une clause limitative.

L'objet de la politique de la concurrence n'est pas d'éviter l'exercice de la puissance commerciale *en soi*, mais l'abus d'une position dominante. Le principe fondamental est que la *Loi sur la concurrence* ne devrait pas porter préjudice aux entreprises efficientes qui se sont assuré une position dominante dans leur marché parce que leur rendement était supérieur à celui de leurs concurrentes. C'est précisément le cas au Canada, où les articles sur l'abus de position dominante de la *Loi sur la concurrence* ne portent pas préjudice à une société qui est parvenue à prendre une part dominante du marché à cause de la supériorité de son rendement. Pour qu'il y ait infraction à la Loi, il faut que la conduite d'une telle société entraîne un affaiblissement sensible de la concurrence ou empêche celle-ci de s'exercer. Dans le cas des États-Unis, la puissance commerciale ne suffit pas à elle seule à enfreindre les lois antitrust américaines; il faut, pour parvenir ou conserver cette position, que certains aspects de la conduite soient inacceptables. En revanche, dans l'Union européenne, la loi sur la concurrence tend plus à réglementer cette puissance[10].

Question n° 7
Quelles pratiques interdites relatives à l'abus de position dominante conviendrait-il d'inclure dans un Accord MAC **qui touche au commerce? Peut-on envisager de parvenir à un accord sur le sujet?**

(c) Fusionnements

Le contrôle des fusionnements joue un rôle de plus en plus vital dans la politique de la concurrence. Ces fusionnement soulèvent deux séries de problèmes différents. La première a trait aux effets d'un fusionnement sur la concurrence. Bien que, *prima facie*, les autorités chargées de la concurrence analysent les fusionnements de façon analogue dans la pratique, les cadres analytiques, les méthodologies et les objectifs varient dans la plupart des pays industrialisés. Alors qu'au Canada et aux États-Unis les lois sur la concurrence mettent l'accent sur l'analyse économique, celles de l'Union européenne et du Japon ont tendance à laisser jouer d'autres facteurs, par exemple, les effets sur l'emploi.

---

[10]L'article 86 du Traité de la CE vise les entreprises individuelles et les problèmes particuliers soulevés par la puissance commerciale. Cet article interdit à toute entreprise occupant une position dominante au sein du marché commun d'abuser de sa position dans la mesure où cet abus perturbe le commerce entre les États membres. L'article 86 ne prévoit aucune dérogation au principe d'interdition. Il fait état de plusieurs cas d'abus, notamment la limitation de la production, des marchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs. Pour que l'article 86 puisse être appliqué, l'entreprise doit occuper une position dominante au sein du marché commun. Selon l'interprétation qui en est faite, cela signifie que l'entreprise est capable d'intervenir dans un marché de manière indépendante de ses concurrentes. Cette capacité est souvent signalée, mais pas toujours, par le fait que l'entreprise détient une part importante du marché.

Au Canada, lorsque le Bureau de la concurrence évalue un fusionnement, il s'attache surtout à déterminer si la transaction proposée est susceptible d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence. L'évaluation n'est pas uniquement fondée sur la part du marché ou sur la concentration. En fait, la Loi précise qu'il est loisible au Tribunal de la concurrence (et donc au Bureau) de tenir compte d'un certain nombre de facteurs qualitatifs pertinents à la concurrence dans les marchés, notamment, l'importance d'une concurrence étrangère efficace, le fait qu'une des entreprises qui fusionnent est en sérieuse difficulté, l'existence d'obstacles à l'entrée (y compris des obstacles réglementaires), et la nature et l'importance de l'innovation dans les marchés concernés. D'autre part, si la *Loi sur la concurrence* prévoit l'obligation de justifier clairement les économies lorsque l'on estime qu'une réduction sensible de la concurrence est probable[11], les lois sur la concurrence des États-Unis et de l'UE ne reconnaissent pas explicitement la justification des économies, même si ces économies peuvent être un élément pertinent lorsque l'on analyse des effets sur la concurrence.

La seconde série de problèmes touche à la procédure et au domaine juridictionnel. Lorsque deux instances ou plus sont appelées à évaluer un fusionnement, un problème se pose parfois lorsque leurs exigences en matière de notification et de procédure sont différentes. La coexistence de nombreux règlements nationaux sur la concurrence, parfois contradictoires, cause un coût privé à cause de l'obligation de fournir des renseignements et de l'incertitude concernant le processus. Les différences relatives aux seuils, aux périodes d'attente avant qu'une transaction puisse aboutir et les exigences en matière d'information à fournir peuvent être une grave source de préoccupations, car elles entraînent des coûts parfois élevés et ont donc un effet de dissuasion sur les investisseurs. On fait souvent valoir qu'à cause du nombre et la diversité mêmes des régimes de fusionnement auxquels on a affaire, ou renonce parfois à des fusionnements qui auraient pu accroître l'efficience.

Certes, les instances antitrust offrent d'autres moyens de répondre à ces préoccupations. Certains pays tels que le Canada ont un système bien rodé dans lequel les responsables de l'application peuvent être aisément consultés par les parties qui cherchent à fusionner, avant que toute demande officielle ne soit déposée ou qu'une enquête ne soit entreprise.

---

[11]Les parties à un fusionnement doivent fournir la preuve que les gains en efficience susceptibles de découler du fusionnement seront plus importants, et compenseront les effets de toute neutralisation ou affaiblissement important probable de la concurrence, et que ces gains ne seraient probablement pas réalisés en cas d'ordonnance d'interdiction. Dans ce contexte, le Bureau de la concurrence exige des parties qu'elles fournissent des renseignements pertinents et vérifiables afin de confirmer que le fusionnement entraînera, comme prévu, des gains en efficience, une augmentation des exportations, et la substitution d'importation. Pour plus de détails sur la question, voir Margaret Sanderson, *Efficiency Analysis in Canadian Merger Cases* (Bureau de la concurrence, 1996).

Ces consultations permettent parfois de restreindre le champ des exigences en matière de présentation de dossier et (ou) celui des discussions préliminaires sur les questions de fond et même sur les mesures correctives et donc, de faciliter une réglementation des fusionnements efficace, en temps opportun, et axée sur la conformité.

Au Canada, une autre démarche est possible pour les parties qui souhaitent fusionner : celles-ci peuvent demander une « autorisation » au commissaire de la concurrence. Le principe est le suivant : les parties doivent divulguer clairement leurs plans à l'organisme pertinent; elles peuvent alors obtenir une certaine réduction des effets de la *Loi sur la concurrence*. En vertu de l'article 102 de la Loi, un certificat de décision préalable (CDP) interdit au commissaire de contester une transaction « exclusivement fondée sur les mêmes renseignements ou en substance » que ceux qui sont examinés lors de la délivrance du CDP. Un CDP dispense également les parties à un fusionnement de l'application du règlement concernant la notification préalable.

La formule de notification et de rapport récemment adoptée par l'OCDE pour les fusionnements est celle qui paraît la plus prometteuse. Cependant, cette formule laisse de côté la question essentielle des seuils, c'est-à-dire des critères relatifs aux exigences en matière de notification préalable d'un fusionnement. En dépit de cette omission, l'utilisation d'une documentation sur le fusionnement inspiré du modèle de l'OCDE constitue un effort louable pour rationaliser (et leur donner un caractère objectif) les exigences en matière de renseignements et donc, de réduire des coûts pour le secteur privé.

Au cours des négociations sur les exigences relatives à la notification préalable d'un fusionnement, le Bureau de la concurrence devra s'assurer que les éléments d'un accord ne compromettent pas la souplesses actuelle de ses exigences en matière de renseignements.

Question n°8

Estimez-vous qu'un Accord MAC **qui touche au commerce devrait comporter une formule commune de préavis de fusionnement (ou plusieurs formules)? Les négociations en vue d'un** Accord MAC **qui touche au commerce devraient-elles viser à établir des seuils de préavis et des périodes d'attente communes (ou comparables)?**

iv. COOPÉRATION

Au fur et à mesure que l'activité économique prend un caractère de plus en plus international, il arrive que certains pays s'aperçoivent que leurs intérêts économiques sont compromis par la conduite anticoncurrentielle à l'étranger. L'absence d'une organisation multilatérale ayant autorité pour traiter ces questions a suscité une augmentation correspondante de l'importance de la coopération entre les autorités chargées de la concurrence.

La coopération est rendue encore plus nécessaire par les limites juridictionnelles imposées à l'application unilatérale. Ces limites déterminent la capacité d'un pays de prendre des mesures à l'égard d'une activité étrangère portant atteinte à ses intérêts, de faire enquête sur cette activité sur le territoire d'autres pays, d'obtenir des renseignement détaillés sur les compagnies nationales et étrangères pouvant avoir une conduite anticoncurrentielle, de contester cette activité et de prendre des ordonnances à son égard dans le cadre de poursuites contre des personnes résidant dans d'autres pays. Les différences entre les positions adoptées par divers États à l'égard de ces contraintes ont parfois entraîné des conflits de juridiction.

Il va de soi que la coopération bilatérale a des limites. L'efficacité des accords de coopération peut être restreinte par les différences entre les règles juridiques de fond, le degré d'indépendance de l'autorité chargée de la concurrence, la suffisance des ressources de celle-ci, le risque de porter atteinte à la souveraineté étrangère et les différences entre les lois nationales régissant l'échange de renseignements confidentiels.

En dépit de ces contraintes, il faudra bien parvenir à trouver des mécanismes de coopération suffisamment efficaces pour éliminer la conduite anticoncurrentielle et réduire le recours à des mesures unilatérales qui compromettent elles-mêmes la coopération. La coopération dans le cadre d'un Accord MAC qui touche au commerce aiderait certainement à repérer et à prévenir les comportements anticoncurrentiels au-delà des frontières.

Pour commencer, la coopération à l'échelon multilatéral pourrait s'inspirer de la *Recommandation révisée sur la coopération entre les pays Membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux* de 1995 actuelle de l'OCDE qui impose l'obligation aux pays membres de :

(a) se tenir mutuellement informés des infractions possibles à leurs lois;

(b) s'avertir mutuellement des cas susceptibles de nuire à leurs intérêts mutuels;

(c) demander à l'autre autorité d'agir contre les pratiques préjudiciables aux intérêts du pays demandeur;

(d) rassembler et partager l'information dans la mesure où les lois nationales sur la protection des renseignements confidentiels le permettent;

(e) coordonner les enquêtes;

(f) coordonner les mesures correctives.

La Recommandation de 1995 encourage les membres à coopérer de manière à respecter les règles de courtoisie positive. Elle comporte également un processus de conciliation volontaire, qui n'a pas encore été mis à l'épreuve.

Un Accord MAC qui touche au commerce pourrait également comporter le principe de courtoisie positive. Si un signataire estime que les pratiques anticoncurrentielles ayant cours sur le territoire de l'autre signataire portent préjudice à ses intérêts majeurs, il peut en aviser l'autre signataire et exiger que les autorités chargées de la concurrence de ce signataire engagent des procédures d'application de la loi ou étendent celles-ci afin de corriger ces pratiques anticoncurrentielles. Cependant, les autorités chargées de la concurrence du signataire auquel cette requête aura été présentée demeureront libres d'accéder à celle-ci ou de la rejeter.

Enfin, plusieurs pays ont adopté des mesures de blocage en réaction à l'agressivité excessive avec laquelle les lois antitrust sont appliquées. Le recours à de telles mesures a tendance à aggraver les tensions entre pays plutôt qu'à les réduire. Il conviendra donc d'évaluer dans quelle mesure elles sont conformes aux engagements qui pourraient être pris à l'égard de la courtoisie positive et d'une coopération plus étroite pour la collecte et l'échange d'information.

Un accord sur la coopération au niveau international pourrait donner plus de poids aux accords de coopération bilatéraux signés par le Canada et faciliter la lutte contre tout comportement anticoncurrentiel ayant un caractère transfrontalier. Cela dépendrait cependant, entre autres, des principes régissant la coopération internationale, des modalités de l'accord et de la confiance à l'égard des processus et procédures en vigueur dans les autres administrations. La coopération ne devrait en aucun cas être assujettie à des obligations; il serait préférable qu'elle prenne pour modèle le processus volontaire non exécutoire actuellement utilisé sur le plan bilatéral et sous les auspices de l'OCDE.

Question n°9
Estimez-vous que la coopération en matière d'application devrait être incluse dans un Accord MAC **qui touche au commerce, à supposer que des garanties satisfaisantes de respect des renseignements confidentiels soient établies?**

v. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET POLITIQUE DE LA CONCURRENCE : OPTIONS POSSIBLES

(a) L'entente actuelle de l'OMC en matière de règlement des différends

L'entente actuelle de l'OMC en matière de règlement des différends semble convenir assez bien au traitement de certains types de différends qui pourraient se produire dans le contexte d'un Accord MAC qui touche au commerce. Les différends relatifs à la conformité des lois

nationales sur la concurrence aux obligations prévues dans un Accord MAC qui touche au commerce pourraient être réglés en vertu des procédures existantes. Le fonctionnement des procédures de règlement des différends de l'OMC dans de telles circonstances ne serait pas sensiblement différent des mesures actuelles prises à l'égard des autres obligations de l'OMC. Si un groupe de l'OMC jugeait que la loi sur la concurrence d'un des membres contrevenait aux obligations établies en vertu d'un Accord MAC qui touche au commerce au sujet de l'adoption d'une loi sur la concurrence ou ne s'appliquait pas de manière satisfaisante à ce qu'il est convenu de considérer comme une conduite anticoncurrentielle, le membre serait tenu de remanier sa loi nationale en fonction des dispositions de Accord MAC qui touche au commerce.

Cependant, il est plus difficile de savoir si les procédures actuelles de règlement des différends de l'OMC pourraient s'appliquer à l'examen des décisions prises par les autorités chargées de la concurrence dans certains cas. Certaines inquiétudes ont été exprimées à cet égard :

- Il y a tout d'abord la question de la norme d'examen à appliquer aux mesures de règlement des différends. L'examen serait-il ponctuel, ou viserait-il tout un processus décisionnel. La norme d'examen devrait être spécifiquement conçue en fonction de la politique de la concurrence.

- L'application de la loi sur la concurrence comporte un gros travail de cueillette de faits et de données; elle exige une enquête détaillée et, fréquemment, l'élaboration de démarches théoriques novatrices sur le plan économique, propres à chaque cas. L'OMC, qui est mal armée pour prendre ce type de décision, n'a pas encore été sollicitée dans ce domaine. Dans la plupart des cas relevant de la compétence de l'OMC, il s'agit de déterminer dans quelle mesure les lois d'un État ne sont pas conformes aux obligations de celui-ci à l'égard de l'OMC.

- Dans le contexte de l'application des lois sur la concurrence, la cueillette d'information et de données doit être très poussée pour que les analyses économiques et statistiques de base soient exhaustives et inspirent confiance à toutes les parties à un différend. Des réserves ont été exprimées au sujet de la pertinence des règlements et des pratiques de l'OMC en ce qui concerne la protection des renseignements confidentiels. Il est fréquent que l'on ne sache pas exactement qui peut obtenir la divulgation de renseignements confidentiels[12].

- La capacité de l'OMC de rassembler les compétences requises pour traiter des problèmes de concurrence complexes sur le plan juridique est également discutable, notamment en ce qui concerne les compétences

[12] Voir Mavroidis et Van Siclen, *The Application of the GATT/WTO Dispute Settlement Resolution System to Competition* (1997), 31 Journal of World Trade p.5 à 40.

dans le domaine du droit de la concurrence, de la théorie économique, des techniques d'analyse statistique ainsi que de la connaissance approfondie du secteur[13].

- Les mesures offertes par l'OMC pour régler les différends en matière de concurrence inspirent également des réserves. Les mesures correctives prévues par la Loi sur la concurrence sont limitées : amendes frappant l'État, paiement du gagnant d'un procès privé, ou modifications du comportement dans le(s) marché(s) dans lequel (lesquels) l'infraction s'est produite. En revanche, les dispositions correctives prévues par l'OMC permettent de prendre des mesures de contre-rétorsion et peuvent en général être appliquées à tout produit d'échange entre les parties au différend.

Question n° 10
Convenez-vous qu'il serait inapproprié d'appliquer les procédures de règlement des différends de l'OMC aux décisions visant des cas individuels?

***(b)* Un mécanisme d'examen de la politique de la concurrence**

L'efficience du marché exige que tous les participants disposent des renseignements requis pour effectuer des investissements et prendre des décisions commerciales à bon escient. Des autorités chargées de la concurrence qui décident de manière répétée de ne pas intervenir ne peuvent que susciter la méfiance chez les investisseurs et les commerçants. Le Mécanisme d'examen de la politique de la concurrence (MEPC) permettrait d'établir un forum dans lequel ce genre de questions pourraient être discutées. L'objectif serait de signaler au secteur privé et aux autres membres l'existence d'instances antitrust qui se refusent constamment à prendre des mesures d'application à l'encontre des activités anticoncurrentielles faisant obstacle au commerce.

L' Accord MAC qui touche au commerce serait plus efficace si l'on établissait un Mécanisme d'examen de la politique de la concurrence (MEPC) analogue au Mécanisme d'examen de la politique commerciale actuel (MEPC). Le conseil sur l'Accord MAC qui touche au commerce (voir ci-dessous), serait chargé de préparer un rapport sur la loi sur la concurrence du pays visé. Ce rapport comporterait un examen critique des dispositions essentielles de la loi afin de déterminer si elles sont conformes aux dispositions de l'Accord MAC qui touche au commerce. Il porterait également sur les résultats obtenus jusque là par les autorités chargées de la concurrence sur le plan de l'application. Le pays concerné serait ensuite soumis à un examen par ses pairs dont le rapport

[13] *Supra,* note 26, à la p. 41. Mavroidis et Van Siclen notent qu'en vertu du règlement de l'OMC, c'est au groupe de décision qu'il appartient de décider de faire, ou non, appel à des experts. Selon ces auteurs, « Il serait peut-être souhaitable d'imposer des limites à ce pouvoir discrétionnaire ».

d'examen comporterait des commentaires sur la loi sur la concurrence de ce pays, ainsi que sur ses efforts en matière d'application. Il contiendrait également des recommandations non exécutoires concernant les domaines où des améliorations pourraient être apportées et sur les modalités de ces améliorations. Le rapport du MEPC et celui de l'examen par les pairs seraient rendus publics.

(c) Un conseil des mesures anticoncurrentielles qui touchent au commerce

Un organisme de supervision comparable au conseil des ADPIC pourrait offrir aux membres un mécanisme de consultation et de recherche de solutions mutuellement satisfaisantes aux problèmes liés à l'accès au marché. Si le membre lésé estimait que le membre pris en défaut n'avait pas agi de bonne foi afin de coopérer au règlement d'une question importante, on pourrait constituer un groupe d'experts placé sous l'autorité du conseil sur l'Accord MAC qui touche au commerce. Ce groupe effectuerait sa propre analyse et évaluation du cas et présenterait un rapport sur la validité de la plainte. Ce rapport aurait uniquement pour objet de déterminer si la conduite en question constituait un obstacle à l'entrée et si la *Loi sur la concurrence* du membre en défaut pourrait être utilisée pour régler le problème. La décision et les recommandations éventuelles du groupe n'auraient pas un caractère exécutoire.

VI. CONCLUSION

Les discussions du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC (le « Groupe de travail ») ont montré que l'on manifestait beaucoup d'intérêt pour la négociation d'un accord-cadre sur la politique de la concurrence à l'occasion de la prochaine série de négociations multilatérales. L'Union européenne a été un des plus vigoureux partisans de l'inscription d'une telle politique au calendrier des négociations. Plusieurs pays en développement et économies en transition se sont prononcés en faveur de l'inclusion de la politique de la concurrence dans le programme des négociations de la réunion des ministres en 1999. Les États-Unis ont cependant exprimé des réserves au sujet de l'effet qu'un tel accord aurait sur sa propre souveraineté, déclarant qu'ils préféraient une coopération plus large et plus poussée entre les autorités chargées de la politique de la concurrence, formule qu'ils jugeaient la plus efficace pour combattre les activités anticoncurrentielles sur le plan international. Bien que le Canada n'ait pas encore officiellement pris position à ce sujet, il s'est prononcé en faveur de l'établissement du Groupe de travail qui serait chargé de déterminer l'utilisation et l'efficacité possibles du cadre constitué par l'OMC pour le règlement des questions touchant à la politique de la concurrence.

À court terme, la conclusion d'un accord général sur un code de politique de la concurrence au sein de l'OMC offre des possibilités

limitées. Cependant, quelles que soient les difficultés à court terme, les questions soulevées sont trop importantes pour être écartées et l'on devrait profiter de l'impulsion donnée par l'établissement du Groupe de travail de l'OMC et par ses travaux. Bien qu'un accord demeure souhaitable, il serait peut-être nécessaire d'adopter une perspective à long terme afin de concevoir un Accord MAC qui touche au commerce à la fois réaliste sur le plan des attentes et mesuré en ce qui concerne le résultat final.

On pourrait procéder en plusieurs étapes pour parvenir à un consensus sur un Accord MAC qui touche au commerce pleinement élaboré qui permettrait d'examiner successivement les questions suivantes : principes partagés, de démarches de fond communes, mécanismes de coopération et instruments appropriés pour régler les différends. Chaque étape devrait aboutir à une solution satisfaisante avant que l'on ne passe à l'étape suivante.

Le Canada devra donc concevoir une stratégie afin de susciter l'adhésion à une démarche par étapes visant l'inscription d'une politique de la concurrence au calendrier des travaux de l'OMC. Une telle stratégie comporterait une claire explication des avantages de l'inscription de cette politique pour le Canada et pour les autres membres de l'OMC, et de la nécessité d'adopter une démarche à long terme prudente afin d'atteindre cet objectif.

ANNEXE A

a. Expérience bilatérale

Dans le domaine de l'application, le Bureau participe de plus en plus à des activités de coopération officielles et officieuses avec les autorités étrangères chargées de la concurrence dans le domaine des enquêtes sur les pratiques commerciales restrictives à caractère transnational.

Jusqu'à présent, c'est avec son partenaire commercial le plus important, les États-Unis, que le Canada entretient les rapports les plus étroits. L'Accord Canada-États-Unis de 1985 concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales et le *Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis* de 1985[14] permettent aux autorités canadiennes et américains chargées de la concurrence d'agir, de coopérer et de se consulter plus efficacement en ce qui concerne les activités anticoncurrentielles qui ont un effet sur les économies des deux parties. La coopération en matière d'application entre le Canada et les États-Unis donne lieu à des demandes d'aide de plus en plus fréquentes. Elle a permis d'obtenir des succès notables dans les poursuites intentées contre les machinations étrangères. Des enquêtes conjointes ou parallèles et d'autres formes de coopération et de coordination telles que la discussion de mesures correctives ont permis d'empêcher ou de punir plusieurs pratiques anticoncurrentielles graves de part et d'autre, en particulier dans le domaine de la fixation horizontale des prix transfrontalière ou étrangère. Les autorités chargées de la concurrence coopèrent et entretiennent régulièrement des contacts non officiels.

b. Expérience régionale[15]

L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALE) et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) prévoient des engagements sur le plan de la loi en matière de concurrence et de son application. Aux termes du chapitre 15 de l'ALENA, les parties sont tenues d'avoir des lois sur la concurrence et de coopérer à leur

---

[14] La *Loi d'assistance juridique mutuelle en matière criminelle* a été adoptée afin d'assurer la mise en oeuvre du Traité d'entraide juridique entre le Canada et les États-Unis ainsi que de traités similaires à l'avenir. Elle est en vigueur depuis 1990. Entre autres choses, elle prévoit le recours à des mécanismes spécifiques tels que les mandats de perquisition et les ordonnances d'interrogatoire oral, qui doivent être utilisés par le Canada pour assister les enquêtes effectuées par les États et d'autres pays.

[15] La signature et l'entrée en vigueur de l'Accord entre le gouvernement du Canada et les communautés européennes touchant l'application de leurs lois sur la concurrence devraient avoir lieu plus tard dans l'année (1999).

application. Le règlement des différends ne s'applique pas à ces obligations. L'ALENA comporte également des obligations assujetties au règlement des différends en ce qui concerne la notification des entreprises d'État et des monopoles et la non-discrimination à leur égard.

Le chapitre 15 de l'ALENA prévoit également la création d'un groupe de travail composé d'experts dans le domaine de la concurrence et du commerce des trois pays, qui est chargé de présenter un rapport et de faire des recommandations concernant les liens entre la politique de la concurrence et le commerce au sein de l'ALENA.

Des principes relatifs à la concurrence ont également été inclus dans les Accords de libre-échange entre le Canada et le Chili et entre le Canada et Israël[16].

Le Canada participe actuellement à des négociations régionales portant sur la politique de la concurrence au sein de la Zone de libre-échange des Amériques, et celle de l'Association européenne de libre-échange composée de quatre pays, et il apporte son soutien au programme de travail sur la politique en matière de concurrence au sein de l'APEC.

c. Expérience multilatérale

Au plan international, les discussions sur la politique de la concurrence sont concentrées au sein de l'Organisation de la coopération et de développement économiques (OCDE). Les discussions qui s'y déroulent offrent l'avantage de réunir les principaux pays développés qui ont des régimes juridiques solidement établis en matière concurrence. Le Bureau de la concurrence a été un des principaux animateurs du débat à l'OCDE qui a surtout porté sur les problèmes internationaux courants dans le domaine du commerce et de la concurrence. Des études ont été faites sur la portée et le champ des lois sur la concurrence, sur les exceptions et dispenses relatives à ces lois et sur les principes de base qui pourraient être inclus dans un accord multilatéral relatif à la politique de la concurrence. Le commissaire de la concurrence préside actuellement le groupe de travail trois du Comité du droit et de la politique de la concurrence.

Ces discussions ont abouti à un accord concernant la coopération entre les pays membres de l'OCDE. L'exemple le plus récent est la Recommandation de 1998 sur les ententes injustifiables. En outre, la coopération est fondée sur les recommandations successives de 1967, 1973, 1979, 1986 et, tout récemment sur la *Recommandation révisée de 1995 concernant la coopération entre les pays membres sur les pratiques anticoncurrentielles influant sur le commerce international.*

---

[16]Le Bureau de la concurrence étudie actuellement avec les autorités chiliennes pertinentes divers moyens d'accroître la coopération en vue du règlement des questions touchant à la politique de la concurrence.

Bien que l'observation de la Recommandation ne soit pas obligatoire, des notifications sont faites régulièrement. On n'a pas eu recours à la disposition autorisant l'utilisation du CLP pour la consultation et la conciliation[17].

Le Canada a également participé à plusieurs séries de négociations multilatérales sous les auspices du GATT. Les résultats de l'*Uruguay Round*, et les négociations sur les services qui ont suivi, soulignent l'importance de la concurrence dans les accords de libéralisation du commerce. On peut citer comme exemple, l'Accord antidumping, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (l'accord OTC), l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) et l'Accord sur les sauvegardes. Tous ces accords comportent des dispositions relatives à la politique de la concurrence[18].

---

[17]Pour une description plus détaillée des principes directeurs de la Recommandation, veuillez vous reporter à l'annexe à la Recommandation, Principes directeur des notifications, de l'échange de renseignements, de la coopération dans le domaine des enquêtes, des consultations et de la conciliation des pratiques anticoncurrentielles touchant au le commerce international. Paris : OCDE/C(95) 130 Final.

[18]Dans le code OTC, l'article 3.4 dispose que les membres ne doivent pas encourager les organisations privées à pratiquer la discrimination à l'égard des produits étrangers en ce qui concerne les tests et l'homologation, en contravention du principe de traitement national. Si un membre le fait, cela constitue une infraction à l'accord.

Dans l'Accord antidumping, l'article 3.5 stipule que l'autorité administratrice doit tenir compte des pratiques commerciales restrictives lorsqu'elle détermine le préjudice causé à une branche de production nationale si de telles pratiques existent. L'article 9.1 de l'AGCS stipule que les membres doivent prendre des mesures pour s'assurer qu'un fournisseur de services détenant un monopole sur leurs territoires n'abuse pas de son pouvoir commercial d'une manière non conforme aux principes de la nation la plus favorisée (NPF). Il y a comportement abusif lorsque, par exemple, il y a un refus de la part d'une entreprise de télécommunications détenant le monopole absolu des réseaux téléphoniques locaux sur le territoire d'un membre d'autoriser un raccordement avec des compagnies de téléphone internationales appartenant à un autre membre, ce qui constitue un acte de discrimination à l'égard de ces dernières en comparaison d'autres sociétés installées chez d'autres membres.

L'article 40 de l'Accord sur les ADPIC stipule que les membres sont autorisés à adopter des lois nationales afin de combattre les dispositions restrictives contenues dans les accords d'homologation de technologie.

L'article 11.1 de l'Accord sur les sauvegardes interdit aux membres d'encourager et de soutenir l'adoption et le maintien par des entreprises privées de mesures équivalant à la restriction des exportations volontaires exercées par le gouvernement. Par exemple, si le gouvernement d'un membre encourage la création d'un cartel d'exportation, imposant ainsi des restrictions à l'exportation de produits, cela constituerait une violation de l'article 11.1 et pourrait être contesté par les autorités chargées de la concurrence dans le pays exportateur ou importateur.

Les exemples ci-dessus illustrent la démarche actuelle de l'OMC à l'égard de la politique de la concurrence. Une des critiques à l'égard de cette démarche est qu'il s'agit d'un plan disparate, comportant de sérieuses lacunes sur le plan de l'interprétation et de l'application des dispositions relatives à la concurrence. On estime qu'une politique de la concurrence placée sous les auspices de l'OMC de manière intégrée et plus complète constituera un progrès par rapport à cette application inefficace et désordonnée des principes de la concurrence.

Enfin, le Canada a participé activement aux activités du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC. Le Groupe de travail a été établi à la Conférence ministérielle de Singapour en 1996 afin « 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 avant dans le cadre de l'OMC. »

Bien que l'OMC ne s'intéresse que depuis tout récemment aux conséquences internationales de l'application de la politique de la concurrence, les pays en développement ont poursuivi la question de l'effet des entreprises multinationales sur leurs économies et, par voie de conséquence, de l'effet de promotion de la croissance économique exercé par la politique de la concurrence[19]. Le Bureau a pris une part active aux délibérations du CNUCED sur cette politique. Le Groupe international d'experts du CNUCED est parvenu à un accord en 1980 sur un *Ensemble de principes et des règles équitables mutuellement convenus portant sur le contrôle des pratiques commerciales restrictives*[20]. Le document établit les règles et principes régissant la conduite des gouvernements et des entreprises privées en ce qui concerne le contrôle des pratiques commerciales restrictives et il prévoit également la consultation et la coopération internationales. Ce document est non exécutoire; son observation est volontaire.

L'OCDE a également établi un ensemble de Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales (PDEM). Ces principes directeurs sont intégrés à la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales. Adoptée en 1976, la Déclaration a été remaniée à trois reprises (1979, 1984, 1991); les principes directeurs font actuellement l'objet d'un examen. Ils contiennent un chapitre sur la concurrence qui établit un cadre (code de conduite) déterminant la manière dont les entreprises multinationales doivent agir dans le domaine en ce qui concerne les effets de leurs pratiques sur la concurrence et sur la manière dont les entreprises doivent se comporter à l'égard des règlements sur la concurrence en vigueur dans les instances étrangères. Les principes directeurs portent également sur les pratiques telles que le comportement destructeur, le refus déraisonnable de traiter et la participation aux effets restrictifs, ou

---

[19]Les effets nocifs des pratiques commerciales restrictives ne sont pas un phénomène nouveau pour les experts de la politique en matière de commerce international. La Charte de la Havane de l'Organisation du commerce international mort-né contenait des dispositions faisant obligation aux États membres de coopérer pour combattre les pratiques restreignant la concurrence, limitant l'accès aux marchés ou favorisant un contrôle monopolistique. Cette Charte a été rejetée par le Congrès des États-Unis qui jugeait qu'elle constituait une atteinte inacceptable à la souveraineté nationale.

[20]CNUCED, UN Doc. TD/RBP/Conf/10 (2 mai 1980), adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 12 novembre 1980, UN Doc. A/C.2/35/L.75.

à leur renforcement, de cartels internationaux ou internationaux, ou sur les accords restrictifs qui pourraient restreindre ou éliminer la concurrence.

ANNEXE B

Question n° 1
Compte tenu de la discussion qui précède, quels éléments sont nécessaires et suffisants pour que les pays adoptent une politique saine en matière de concurrence?

Question n° 2
Certains pays ne sont peut-être pas en mesure d'intégrer concurremment tous les éléments d'une saine politique de la concurrence. Quels sont les éléments qu'il faudrait instaurer dès le départ?

Question n° 3
Est-ce que les principes de transparence, de traitement national et de non-discrimination préconisés par l'OMC sont compatibles avec l'exécution de la loi et de la politique de la concurrence? Serait-il souhaitable d'intégrer ces attributs à l'Accord MAC qui touche au commerce?

Question n° 4
Dans quelle mesure les questions d'équité de la procédure devraient-elles être réglées au moyen d'un Accord MAC qui touche au commerce?

Question n° 5
Convenez-vous qu'en matière de cartels il devrait y avoir une approche commune consacrée dans un Accord MAC qui touche au commerce? Expliquez votre réponse.

Question n° 6
Croyez-vous qu'un Accord MAC qui touche au commerce devrait permettre d'exempter les cartels d'exportation? Ou prévoir d'autres exceptions (veuillez préciser lesquelles et expliquer vos raisons)?

Question n°7
Quelles pratiques interdites relatives à l'abus de position dominante conviendrait-il d'inclure dans un Accord MAC qui touche au commerce? Peut-on envisager de parvenir à un accord sur ce sujet?

Question n° 8
Estimez-vous qu'un Accord MAC qui touche au commerce devrait comporter une formule commune de notification préalable de fusionnement (ou plusieurs formules)? Les négociations en vue d'un Accord MAC qui touche au commerce devraient-elles viser à établir des seuils de notification préalable et des périodes d'attente communes (ou comparables)?

Question n° 9
Estimez-vous que la coopération en matière d'application devrait être incluse dans un Accord MAC qui touche au commerce, à supposer que des garanties satisfaisantes de respect des renseignements confidentiels soient établies?

Question n° 10
Convenez-vous qu'il serait inapproprié d'appliquer les procédures de règlement des différends de l'OMC aux décisions visant des cas individuels?

LKC
K 3850 .O614 1999 c.2
Options en vue de l'internationalisation d
la politique de la concurrence définir les
intérêts du Canada

DATE DUE
DATE DE RETOUR

CARR McLEAN 38-296

INDUSTRY CANADA / INDUSTRIE CANADA
223111