



**Un cadre multilatéral sur la
concurrence au sein de l'OMC
est-il favorable aux
consommateurs canadiens ?**

Rédigé par Delphine Nakache et présenté au

Bureau de la Consommation d'Industrie Canada

Juin 2005

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

OPTION CONSOMMATEURS

MISSION

Option consommateurs est une association à but non lucratif qui a pour mission de défendre les droits fondamentaux des citoyens-consommateurs tels qu'énoncés par les Nations unies en matière de protection des consommateurs et de veiller à ce qu'ils soient reconnus et respectés.

HISTORIQUE

L'association existe depuis 1983. En 1999, elle a regroupé ses activités avec l'Association des consommateurs du Québec (ACQ) qui existait depuis plus de 50 ans et accomplissait la même mission qu'Option consommateurs.

PRINCIPALES ACTIVITÉS

Option consommateurs compte sur une équipe d'une vingtaine d'employés qui oeuvrent au sein de quatre services : le Service budgétaire, le Service juridique, le Service d'agence de presse et le Service de recherche et de représentation. Au cours des ans, Option consommateurs a notamment développé une expertise dans les domaines des services financiers, de la santé et de l'agroalimentaire, de l'énergie, du voyage, de l'accès à la justice, des pratiques commerciales, de l'endettement et de la protection de la vie privée. Chaque année, nous rejoignons entre 7000 et 10 000 de consommateurs directement, nous réalisons de nombreuses entrevues dans les médias, nous siégeons sur plusieurs comités de travail et conseils d'administration, nous réalisons des projets d'intervention d'envergure avec d'importants partenaires, nous produisons notamment des rapports de recherche, des mémoires et des guides d'achat dont le Guide jouets annuel du magazine *Protégez-Vous*.

MEMBERSHIP

Pour faire changer les choses, les actions d'Option consommateurs sont multiples : recherches, recours collectifs et pressions auprès des instances gouvernementales et des entreprises. Vous pouvez nous aider à en faire plus pour vous en devenant membre d'Option consommateurs au www.option-consommateurs.org

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

REMERCIEMENTS

Cette recherche a été réalisée par Delphine Nakache et coordonnée par Geneviève Reed, responsable du Service de recherche d'Option consommateurs.

Option consommateurs remercie grandement le ministère de l'Industrie du Canada pour son soutien financier à la réalisation de cette recherche.

La reproduction de ce rapport est permise, à condition qu'en soit mentionnée la source. Sa reproduction ou toute allusion à son contenu à des fins publicitaires ou lucratives est toutefois strictement interdite.

DÉPÔT LÉGAL

Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

ISBN 2-92 1588-85-4

Option consommateurs
2120, rue Sherbrooke est, bureau 604
Montréal (Québec)
H2K 1C3

Téléphone : (514) 598-7288
Télécopieur : (514) 598-8511
Adresse électronique : info@option-consommateurs.org

RÉSUMÉ EXÉCUTIF

L'idée d'introduire un cadre de réglementation de la concurrence sur la scène internationale n'est pas récente. Elle a connu un nouveau souffle en 1996, lors de la rencontre ministérielle qui eut lieu à Singapour, mais sans résultats substantiels. Certains États membres, avec en tête l'Union européenne, ont alors saisi l'occasion offerte par le processus de Doha pour réintroduire, à l'automne 2001, ces nouveaux items à l'agenda commercial en vue de la conclusion imminente d'un accord-cadre multilatéral sur la concurrence. Les pourparlers sont cependant plus difficiles que prévu, et l'échec de la rencontre de Cancun (septembre 2003) est là pour en témoigner. Si bien que les politiques de concurrence ne seront pas discutées au sein de l'OMC avant la fin du Cycle de Doha, donc, très probablement pas avant le milieu de l'année 2006. Cela laisse le temps nécessaire à la société civile pour réagir et proposer aux dirigeants politiques des modifications au projet d'accord multilatéral sur la concurrence allant dans le sens d'une plus grande prise en compte de ses intérêts. C'est dans cette perspective qu'Option consommateurs a rédigé le présent rapport de recherche : il s'est basé sur les règles et principes actuels se dégageant du projet d'accord multilatéral sur la concurrence (le « Projet d'Accord ») afin de déterminer si les consommateurs canadiens bénéficieraient des dispositions qui y sont inscrites et de suggérer, le cas échéant, des modifications allant dans ce sens.

Voici les points majeurs qui ressortent de notre étude :

- 1) Dans un contexte de mondialisation où le contrôle des pratiques anticoncurrentielles ne peut plus se reposer uniquement sur l'application des politiques nationales dans ce domaine, la coopération internationale en matière de concurrence doit être renforcée.
- 2) Ce renforcement de la coopération internationale en matière de concurrence doit aller dans le sens d'une considération accrue des intérêts des consommateurs, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. En effet, si l'on adopte une perspective de protection des consommateurs, le Projet d'accord constitue, tant sur le fond que sur la forme, une

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

réponse encore timide aux enjeux de réglementation de la concurrence sur la scène internationale. Les arguments suivants sous-tendent cette hypothèse:

- a. Le projet d'accord est peu contraignant. Les États sembleraient n'être obligés qu'à une mise en œuvre *de jure* et non *de facto* des obligations, ce qui signifie que le non-respect par ces derniers de leurs engagements dans la pratique (par exemple, un acte ou une omission) ne constituerait pas une violation de l'accord. En outre, l'opinion communément répandue est à l'effet que le régime ordinaire de l'OMC concernant le règlement des différends n'est pas approprié dans le cadre de la concurrence. Les États semblent lui préférer un "examen par les pairs" dont les paramètres ne sont cependant que peu définis à l'heure actuelle.
 - b. Il est difficile de faire la distinction entre les questions *de jure* et *de facto* en ce qui concerne l'application du principe de non-discrimination en matière de concurrence. Pourtant, le principe de non-discrimination, un élément central en droit commercial international, occupe une place prépondérante dans le Projet d'Accord. La clarification de ce principe apparaît par conséquent comme un préalable indispensable à l'efficacité du Projet d'accord.
 - c. Le Projet d'accord n'aborde pas de front les pratiques anticoncurrentielles. Il suggère *uniquement* la mise sur pied d'une vaste coopération volontaire –dont les paramètres ne sont pas encore définis–pour contrôler les pratiques des ententes injustifiables pour lesquelles il n'existe encore aucune définition commune. Dans de telles circonstances, les États risquent bien de continuer à rencontrer des difficultés en poursuivant les auteurs d'ententes injustifiables et en leur appliquant les pénalités qui s'imposeraient en la matière.
- 3) Le Projet d'accord n'en étant qu'à l'étape de « projet », il est encore possible de déterminer la forme d'un accord qui serait plus bénéfique pour les consommateurs. En procédant à cet exercice, il faut être conscient des limites de notre action. En effet,

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

les politiques de concurrence poursuivent des objectifs multiples qui visent *prioritairement* la recherche d'une compétitivité et d'une efficacité économique. L'interaction droit de la concurrence/bien-être du consommateur est donc complexe, et cette complexité est renforcée à mesure que la compétitivité internationale et l'ouverture des marchés augmentent. Même si la protection et la défense des intérêts des consommateurs ne sont pas l'objectif premier des politiques de concurrence, il est néanmoins possible de faire en sorte que cet objectif prenne une plus grande place que celle qu'il occupe actuellement dans le Projet d'accord. Pour ce faire, il faut reconnaître que la coopération internationale doit aller au-delà d'une "cohabitation améliorée" des lois nationales. Elle doit donc surmonter certains obstacles majeurs, tels l'orientation nationale de la politique de concurrence et la convergence internationale des cadres réglementaires vers les seuls objectifs d'efficacité et de compétitivité mettant paradoxalement les politiques de la concurrence au service des intérêts nationaux. Nos autres recommandations, plus spécifiques, peuvent être résumées de la sorte :

- a. Les « ententes injustifiables », qui sont interdites dans le Projet d'accord, ne font l'objet d'aucune définition commune. Dans ce contexte, il est difficile d'envisager que les autorités nationales, ayant la marge de manœuvre souhaitée pour autoriser certaines ententes et en interdire d'autres, respecteront leurs obligations internationales en la matière. Cette situation paradoxale se produit déjà à l'heure actuelle avec l'exemption quasi-automatique des cartels à l'exportation : les États interdisent en la circonstance les ententes qui ont des effets sur leur marché national mais ils permettent la constitution d'ententes ayant des effets anticoncurrentiels à l'étranger. Or ces pratiques, qui vont à l'encontre du principe du bien-être général des consommateurs, mériteraient tout simplement d'être interdites. Les États doivent par conséquent définir, ensemble, ce que constitue une « entente injustifiable ». En outre, la courtoisie positive se présentant comme le moyen de coopération privilégié par les États en matière de lutte contre les ententes injustifiables,

le Projet d'accord devrait déterminer des caractéristiques « plancher » concernant les moyens d'enquête et de recours permettant d'obtenir une mesure de réparation efficace dans ce domaine.

- b. S'il est irréaliste de vouloir traiter dans un même accord multilatéral de chaque aspect des pratiques anticoncurrentielles, il est en revanche incompréhensible que les abus de position dominante et les restrictions verticales – comparables aux « ententes injustifiables » quant aux effets qu'ils produisent sur les consommateurs – ne fassent l'objet d'aucune attention particulière dans le Projet d'accord. Celui-ci pourrait inclure, en raison de la comparabilité structurelle, une interdiction pure et simple des abus de position dominante. Il pourrait en outre prévoir la mise en place imminente d'un comité interétatique chargé de formuler des lignes directrices visant à réduire les risques de conflit liés à l'application des lois nationales sur la concurrence dans ce domaine (approche graduelle). Enfin, même si un consensus international sur les restrictions verticales fait actuellement défaut, le Projet d'accord pourrait introduire une norme qui se contente d'une perspective « touchant au commerce » afin d'interdire les pratiques verticales qui empêchent spécifiquement l'accès à un certain marché national (sur la base du principe de non discrimination). Le Projet d'accord pourrait aussi inciter les États membres à adopter les principes directeurs en matière de fusionnement ayant été formulés de manière consensuelle au sein de l'OCDE.
- c. Les fusionnements transnationaux et les mesures antidumpings sont des pratiques pouvant empêcher le consommateur local de profiter des effets bénéfiques d'une concurrence active. Pourtant, à l'heure actuelle, une solution propre à tous les membres de l'OMC dans ce domaine est hors de portée du Projet d'accord. Il faut donc que celui-ci tienne compte de ces pratiques en reconnaissant leurs possibles effets anticoncurrentiels et en incitant les États à coopérer d'avantage en la matière (approche graduelle en matière de lutte contre les fusionnements) ou en déterminant les

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

circonstances précises dans lesquelles ces pratiques seront autorisées (antidumpings). Sur le dernier point, il s'agirait en fait d'élaborer un recours efficace contre les pratiques antidumping détournées à des fins protectionnistes en faisant intervenir les règles et les procédures qui servent à l'application de la politique de la concurrence.

- d. Le Projet d'accord n'offre aucune disposition juridique en faveur des actions privées, ce qui signifie que les consommateurs lésés n'ont pas le moyen de contester des pratiques anticoncurrentielles affectant sérieusement leur bien-être. Un travail doit donc être fait sur le plan national et international afin d'assurer un tel développement. Certains principes fondamentaux du droit commercial international peuvent d'ailleurs être utilisés en ce sens.

En conclusion, il est possible d'améliorer le contenu et la portée du Projet d'accord afin de faire en sorte que celui-ci prenne plus en considération la protection et la défense des intérêts des consommateurs. Les solutions avancées dans le présent rapport de recherche sont en ce sens réalistes car elles prennent en considération plusieurs principes fondamentaux du droit commercial international. Ainsi, par exemple, le principe de non-discrimination, un élément central du droit commercial international, pourrait être utilisé afin de justifier l'interdiction des cartels à l'exportation. Au nom de ce principe, on pourrait en effet empêcher que les États membres de l'OMC protègent la concurrence sur les marchés étrangers moins rigoureusement que sur leurs marchés domestiques. Une extension du principe de non-discrimination (en lien avec la norme du traitement national) ferait aussi en sorte que les pays aient à doter les non-nationaux des mêmes actions privées que celles permises pour les nationaux. Les solutions proposées découlent en outre d'un raisonnement logique. Dans le cas des mesures antidumpings, par exemple, l'idée sous jacente, défendue d'ailleurs par le Canada, est que si les nations mettent en place des règles et procédures internationales sur la concurrence, elles doivent être en mesure de démanteler leurs obligations antidumping qui sont bien souvent détournées à

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

des fins protectionnistes. Enfin, les solutions suggérées au niveau international dans le rapport de recherche constituent bien souvent des perspectives d'amélioration de la législation canadienne en matière de concurrence. Ainsi, par exemple, on suggère que le Canada – dans un contexte où la coopération volontaire semble être la règle – clarifie sa législation en matière d'entente injustifiable. En outre, en recommandant que le Projet d'accord contienne une interdiction explicite des abus de position dominante, le rapport de recherche met en avant la nécessité de voir, dans l'intérêt des consommateurs canadiens, un durcissement de la législation canadienne actuellement en place à l'égard des abus de position dominante.

En bref, les solutions avancées – certaines d'entre elles n'étant probablement pas envisageables dans l'esprit des dirigeants étatiques – sont en tous cas réalisables d'un point de vue technique et juridique. En fait, tout est une question de priorité et la vraie question revient alors à se demander si les gouvernements sont prêts à accorder plus de poids à la défense et à la protection des intérêts des consommateurs.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

RECOMMANDATIONS

Recommandation 1

Dans un contexte de globalisation intense des marchés, caractérisé par un accroissement de la concurrence internationale et la transnationalisation des pratiques corporatives, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles ne peut plus reposer uniquement sur l'application de politiques nationales. La coopération internationale en matière de concurrence doit donc être renforcée mais ce renforcement doit avoir lieu dans le sens d'une considération accrue des intérêts des consommateurs. Option consommateurs ne s'oppose donc pas à l'adoption éventuelle d'un cadre multilatéral sur la concurrence à la condition que le consommateur canadien puisse en tirer de plus grands bénéfices qu'à l'heure actuelle.

Recommandation 2

Option consommateurs recommande que le principe de non-discrimination — considéré comme un principe essentiel dans le projet d'accord multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC — soit clarifié, notamment pour ce qui relève de la distinction entre discrimination *de jure* et *de facto*.

Recommandation 3

Même si les poursuites judiciaires à l'encontre des « ententes injustifiables » (cartels) relèvent du pouvoir de chaque Membre, Option consommateurs recommande que l'accord multilatéral sur la concurrence fixe des caractéristiques « plancher » dans ce domaine (enquêtes et sanctions) tout en permettant aux États signataires de moduler leurs exigences nationales à la hausse.

Recommandation 4

Un accord multilatéral sur la concurrence devrait dépasser le stade de l'entente de principe sur la coopération volontaire en matière de lutte contre les « ententes injustifiables ». Si les États membres privilégient toutefois cette avenue, ils doivent être en mesure de déterminer les modalités d'une telle coopération

Recommandation 5

Dans un contexte où la courtoisie positive semble être le moyen de coopération interétatique choisi par les parties à un éventuel accord multilatéral sur la concurrence à l'égard des ententes injustifiables, Option consommateurs recommande que la preuve du marché géographique soit levée.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

Recommandation 6

Dans un contexte où la courtoisie positive semble être le moyen de coopération interétatique choisi par les parties à un éventuel accord multilatéral sur la concurrence à l'égard des ententes injustifiables, Option consommateurs recommande une définition commune de ce que constitue une «entente injustifiable». Comme il s'agit de la forme la plus préjudiciable d'agissements anticoncurrentiels, cette définition devra être accompagnée de caractéristiques « plancher » (minimales) concernant les moyens d'enquête et de recours permettant d'obtenir une mesure de réparation efficace. À cet égard, dans l'intérêt des consommateurs canadiens, Option consommateurs recommande que le gouvernement du Canada révisé sa législation en matière de lutte contre les complots.

Recommandation 7

Le bien-être général des consommateurs étant un facteur prédominant dans la pondération des politiques de concurrence, Option consommateurs recommande que les cartels à l'exportation, qui introduisent une distinction entre les effets sur le bien-être national et les effets sur le bien-être à l'étranger des consommateurs, soient interdits.

Recommandation 8

En lien avec la recommandation 7, dans un contexte où une nation exempte ses propres cartels à l'exportation tout en punissant les cartels étrangers qui nuisent à ses exportateurs nationaux, Option consommateurs recommande la mise en œuvre des obligations de l'OMC relatives au traitement national afin d'exiger des lois nationales en matière de concurrence qu'elles soient appliquées d'une manière non discriminatoire. Une telle extension du principe de traitement national interdirait, *inter alia*, les exceptions aux cartels à l'exportation.

Recommandation 9

Option consommateurs recommande que le projet d'accord multilatéral sur la concurrence 1) inclue, en raison de la comparabilité structurelle, une interdiction des abus de position dominante et 2) prévoie la mise en place imminente d'un comité interétatique chargé de formuler des lignes directrices permettant de réduire les risques de conflit liés à l'application des différentes lois sur la concurrence dans ce domaine. Cela engendrerait, dans l'intérêt des consommateurs canadiens, un renforcement de la législation canadienne en matière d'abus de position dominante.

Recommandation 10

Même si un consensus international sur les restrictions verticales fait défaut, Option consommateurs recommande le développement d'une norme qui se contente d'une perspective « touchant au commerce » (trade-related) afin d'interdire les pratiques verticales empêchant spécifiquement l'accès à un certain marché national (sur la base du principe de non discrimination).

Recommandation 11

Même si le contrôle des fusions concentre actuellement les plus grands problèmes pratiques entre États, l'Option consommateurs recommande que ce phénomène, quelquefois fort nuisible pour les consommateurs, ne soit pas ignoré dans un projet d'accord multilatéral sur la concurrence. Pour ce faire, l'Option consommateurs recommande que cet accord 1) reconnaisse les possibles effets anticoncurrentiels des fusions et 2) prie les États membres de s'inspirer des principes directeurs en matière de fusionnement obtenus dans le cadre de l'OCDE.

Recommandation 12

L'Option consommateurs recommande que les mesures antidumping soient réformées afin de s'aligner sur la logique du droit international de la concurrence. Pour ce faire, le projet d'accord multilatéral sur la concurrence devrait spécifier que les mesures antidumping sont justifiées lorsque le dumping a des effets négatifs en matière de concurrence dans le marché du pays importateur (ex : prédation) et interdites lorsque le dumping vise uniquement à protéger les concurrents du marché du pays importateur.

Recommandation 13

L'Option consommateurs recommande que le projet d'accord multilatéral sur la concurrence contienne des règles permettant de s'assurer que les sanctions en cas de violation du droit de la concurrence seront complétées par la possibilité reconnue aux consommateurs affectés de porter plainte eux-mêmes contre les pratiques anticoncurrentielles. Pour ce faire, l'Option consommateurs recommande de doter les groupes spéciaux de l'ORD d'une compétence unique de contrôle de l'application *pratique* de l'accord sur la concurrence.

Recommandation 14

Puisque les principes de non-discrimination et de transparence peuvent s'appliquer, en droit commercial international, à la participation de personnes privées dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, l'Option consommateurs recommande que 1) l'extension du principe de traitement national permette aux pays de doter les étrangers des mêmes actions privées que celles permises pour les nationaux et 2) la législation, les politiques, la jurisprudence et les procédures administratives concernant la mise en œuvre du droit de la concurrence soient totalement transparentes.

Recommandation 15

En lien avec la recommandation 14, l'Option consommateurs recommande que le gouvernement canadien, dans un souci de transparence, améliore certaines dispositions de la Loi sur la concurrence afin que les consommateurs soient mieux protégés.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

Recommandation 16

Option consommateurs recommande que le gouvernement canadien, dans un souci d'équité procédurale, modifie dès que possible l'article 36 de la Loi sur la concurrence afin de donner aux parties lésées par un comportement anti-concurrentiel non criminel un moyen de récupérer leurs pertes en s'adressant à un tribunal civil.

Recommandation 17

Afin de faciliter la mise en œuvre des mécanismes suggérés de recours et de dédommagements des parties privées dans le projet d'accord multilatéral sur la concurrence, Option consommateurs recommande l'établissement parallèle d'un cadre juridique facilitant la coopération entre les pouvoirs publics dans le domaine de la protection du consommateur.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

TABLE DES MATIÈRES

OPTION CONSOMMATEURS.....	II
REMERCIEMENTS	III
RÉSUMÉ EXÉCUTIF.....	IV
RECOMMANDATIONS	X
TABLE DES MATIÈRES.....	XIV
INTRODUCTION.....	1
1. UNE « CULTURE DE CONCURRENCE » EN ÉMERGENCE SUR LA SCÈNE INTERNATIONALE.....	6
1.1 LES FACTEURS DE L'INTERNATIONALISATION DES POLITIQUES DE CONCURRENCE	6
1.1.1 <i>La complémentarité de l'interface politique commerciale/ politique de concurrence : l'accès au marché.....</i>	7
1.1.2 <i>Les mesures antidumping et la concurrence.....</i>	11
1.1.3 <i>La montée en puissance des pratiques commerciales déloyales des firmes transnationales (FTN) : à la source de problèmes juridiques majeurs.....</i>	14
1.2 LES DISPOSITIONS PRINCIPALES CONTENUES DANS LE PROJET D' ACCORD MULTILATÉRAL SUR LA CONCURRENCE AU SEIN DE L'OMC	29
1.2.1 <i>Le contenu et l'étendue de l'accord.....</i>	31
1.2.1.1 <i>L'approche minimale : l'adoption de certains principes directeurs et une disposition sur l'interdiction des ententes injustifiables (cartels internationaux).</i>	31
1.2.1.2 <i>Accord plurilatéral ou multilatéral ?.....</i>	33
1.2.1.3 <i>Soumission du droit de la concurrence : application du règlement des différends ou examen par les pairs ?.....</i>	34
1.2.2 <i>Transparence, non-discrimination et équité des procédures : trois principes fondamentaux de l'OMC reproduits dans le projet d'accord multilatéral sur la concurrence.....</i>	36
1.2.2.1 <i>La transparence</i>	37
1.2.2.2 <i>La non-discrimination.....</i>	38
1.2.2.3 <i>L'équité au plan de la procédure.....</i>	41
1.2.3 <i>Les engagements visant la suppression des ententes injustifiables (cartels) et les modalités de la coopération volontaire.....</i>	42
1.3 CONCLUSION.....	50
2. QUEL DROIT INTERNATIONAL DE LA CONCURRENCE EST SOUHAITABLE POUR LES CONSOMMATEURS CANADIENS ?.....	53
2.1 DES RÈGLES INSUFFISANTES POUR ASSURER UNE PROTECTION ET UN BIEN-ÊTRE EFFECTIFS AUX CONSOMMATEURS CANADIENS	57
2.1.1 <i>Les dispositions relatives aux « ententes injustifiables » : un reflet des limites de la coopération volontaire et de la fragmentation juridique en matière de concurrence.....</i>	58

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

2.1.1.1 Des règles de déclenchement de la courtoisie positive favorables aux firmes transnationales	58
2.1.1.2 L'exemption problématique des cartels à l'exportation.....	65
2.1.2 <i>La non-considération des autres « noyaux durs » des pratiques anticoncurrentielles : abus de position dominante et restrictions verticales</i>	69
2.1.2.1 Les abus de position dominante	69
2.1.2.2. Les restrictions verticales.....	73
2.1.3 <i>Les fusionnements et les mesures anti-dumping : un lien avec les politiques de concurrence qui doit être développé.....</i>	74
2.1.3.1 Les fusionnements : une préoccupation récente mais grandissante.....	75
2.1.3.2 Réformer les mesures antidumpings pour les adapter aux principes de la politique internationale de concurrence dans l'intérêt des consommateurs.....	81
2.2 L'ABSENCE DE DISPOSITIONS JURIDIQUES EN FAVEUR D'UN DROIT D'AVIS ET DE RECOURS DES CONSOMMATEURS.....	84
2.2.1 <i>Utiliser les principes fondamentaux du droit commercial international afin d'assurer aux consommateurs lésés des mécanismes de recours et de compensation efficaces.....</i>	87
2.2.1.1. Les mécanismes de recours des consommateurs lésés : le principe de non-discrimination et de transparence.....	88
2.2.2 <i>Les mécanismes de dédommagement des consommateurs lésés : le principe d'équité procédurale</i>	89
2.2.3 <i>Assurer un cadre juridique pour la coopération formelle entre les pouvoirs publics dans le domaine de la protection du consommateur</i>	91
2.3 CONCLUSION	95
CONCLUSION	97
BIBLIOGRAPHIE.....	99

INTRODUCTION

Depuis le début des années 90, le débat autour du développement d'un cadre réglementaire de la concurrence au niveau multilatéral pour aborder les pratiques anticoncurrentielles transfrontalières, leurs impacts sur les échanges internationaux et les problèmes de juridiction, a fait couler beaucoup d'encre. L'idée d'inclure une politique de concurrence dans un accord commercial international ne date pourtant pas d'hier. Déjà, en 1948, elle avait été soulevée à l'occasion des négociations relatives à la création d'une éventuelle Organisation internationale du commerce. En effet, il avait été proposé à cette époque de prévoir dans la *Charte de La Havane* un chapitre consacré aux pratiques restrictives du commerce afin de sanctionner les comportements anticoncurrentiels des entreprises siégeant dans un pays partie à la Charte. La *Charte de La Havane* devait donc remplacer le fameux *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT), mais la communauté internationale s'est finalement repliée sur ce dernier¹. Toutefois, suite à l'échec de la Charte, à l'exception de certaines initiatives allant dans le sens du renforcement de la coopération interétatique en la matière, le GATT était jusque récemment resté muet sur la question des pratiques restrictives des entreprises². Si bien que plus de cinquante ans après, il n'existe toujours pas de droit international de la concurrence caractérisé par des règles internationales communes et une institution contraignante en la matière. Les années 1990 ont permis de remettre la concurrence à l'ordre du jour des négociations internationales. Ce regain d'intérêt pour l'internationalisation des politiques de concurrence s'explique, entre autres, par la

¹ Signé lors de la Conférence de Genève, le GATT constituait le chapitre IV de la Charte qui avait été détaché, remanié et complété pour mettre en oeuvre un accord temporaire devant être remplacé par la *Charte de La Havane* au moment de sa ratification. Cette charte n'éliminait pas la distinction entre droit national et droit international ; elle aurait établi uniquement une « soft law » appliquée par les États sur une base purement volontaire et ne portant que sur des principes de transparence, consultation et conciliation entre les gouvernements. Voir : M. Rioux, « Vers un droit mondial de la concurrence? », *Continentalisation*, Cahiers de recherche-CEIM (99-8); en ligne : Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) < http://www.unites.uqam.ca/gric/gric-99-8_menu.htm > (dernière consultation : 10 mars 2005).

² Pour de plus amples détails, voir : M. Rioux, *ibid*, à la page 3.

difficile confrontation croissante des politiques nationales à des problèmes de concurrence débordant le cadre des espaces nationaux. Ainsi, à partir de 1996, à la première Conférence ministérielle de Singapour, la concurrence a fait officiellement partie des nouvelles questions à l'ordre du jour des négociations multilatérales (les « Questions de Singapour³ »). À cette date, en effet, les Ministres des pays membres de l'OMC ont convenu d'établir plusieurs nouveaux groupes de travail, l'un d'entre eux portant spécifiquement sur la politique de la concurrence. Puis, en novembre 2001, la quatrième Conférence ministérielle réunie à Doha a jeté les fondations d'un cadre multilatéral de la concurrence : l'article 23 de la Déclaration prévoyait que « des négociations [sur la concurrence et l'investissement] 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 négociations⁴ ». Le processus de négociation de Doha envisageait donc de mettre en place des règles de base qui devaient être adoptées par les parties lors de la cinquième Conférence ministérielle de Cancun (en septembre 2003) avant d'entamer des négociations plus substantielles et approfondies relativement à ces questions. Mais les pourparlers sont difficiles, et la rencontre de Cancun, qui s'est soldée par l'incapacité des Ministres d'arriver à un consensus sur les questions de concurrence, est là pour en témoigner. Après le recul de Cancun, les membres de l'OMC ont réussi à prendre, en juillet 2004, un ensemble de décisions permettant de débloquer les négociations en cours afin de passer à la phase suivante. Cependant, trois des quatre questions de Singapour (parmi lesquelles figure la concurrence), ne faisant toujours pas l'objet d'un consensus, ont été retirées du programme des négociations. Cela signifie, concrètement, que les politiques de

³ Les « Questions de Singapour » comprennent l'investissement, la politique de la concurrence, la transparence des marchés publics et la facilitation des échanges.

⁴ « Déclaration ministérielle » (Doha), adoptée le 14 novembre 2001, doc. OMC WT/MIN(01)/DEC/1.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

conurrence ne seront pas discutées au sein de l'OMC avant la fin du Cycle de Doha, donc, très probablement pas avant la moitié de l'année 2006⁵.

Comment expliquer que les États membres aient autant de difficulté à converger vers une « culture de concurrence » commune sur la scène internationale ? Certes, on peut dire que le débat à Cancun portant sur cette question s'est cristallisé autour de l'opposition entre, d'une part, les pays émergents et en développement et, d'autre part, les pays développés, les premiers ne se sentant pas encore prêts à offrir des concessions dans ce domaine⁶. Mais le problème se trouve aussi ailleurs. Il repose sur la résistance des États, en premier lieu des États-Unis, qui ne sont pas très intéressés à développer des obligations internationales en matière de concurrence. La majorité des pays refuse donc un ensemble de règles contraignantes qui seraient soumises à la supervision d'une institution supranationale en la matière⁷. En d'autres mots, si le contexte international se prête à une nécessaire régulation des pratiques anticoncurrentielles des firmes

⁵ Voir le texte de la décision du Conseil général sur le programme de travail de Doha (l'"ensemble de résultats de juillet"), qui a fait l'objet d'un accord le 1er août 2004 (« Décision adoptée par le Conseil général le 1er août 2004 »); en ligne : OMC < http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/draft_text_gc_dg_31july04_f.htm > (dernière consultation : 15 avril 2005). Voir aussi : « OMC : le cycle de Doha pourrait durer jusqu'en 2006 », *L'expansion*, 06 octobre 2003 (no 1135). Qui plus est, pour que le cycle de Doha soit un succès en 2006, les membres de l'OMC devront avoir progressé de manière significative sur la voie d'un accord avant la tenue de la conférence ministérielle de l'OMC à Hong Kong en décembre 2005.

⁶ Pour de plus amples détails sur cette question, on pourra consulter : C. Larose, « Cinquième conférence ministérielle de l'OMC à Cancun : le multilatéralisme sur la corde raide », *Observatoire des Amériques*, Chronique 03-13 (septembre 2003), 6 pages.

⁷ M. Rioux, « Vers un droit mondial de la concurrence? », *Continentalisation*, Cahiers de recherche-CEIM (99-8); en ligne : Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) < http://www.unites.uqam.ca/gric/gric-99-8_menu.htm > (dernière consultation : 10 mars 2005). Il importe notamment de prendre en compte l'asymétrie fondamentale de la politique des États-Unis, redoutant d'avoir à réduire leurs actions extraterritoriales et d'avoir à défendre ces dernières devant une instance internationale. En effet, les Américains ne souhaitent voir les dirigeants d'autres pays effectuer des enquêtes et des poursuites en matière de pratique anticoncurrentielle sur leur sol (s'opposant avec force à l'application des lois étrangères sur leur territoire), mais ils donnent très volontiers un effet extraterritorial à leurs propres actions en la matière, et ce, depuis plus de 50 ans : J. R. Johnson, « It's a Small World After All: Proposed Solutions for Global Antitrust in a System of National Laws », *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 1, 2003. Voir aussi, ci-dessous, les notes 39, 101 et 105 du document.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

transnationales, les États et les entreprises refusent toujours, à l'heure actuelle, de voir leur marge de manœuvre quelque peu réduite.

C'est en ayant ces données en tête que nous pouvons dès lors entrer dans le vif du sujet, et nous demander, par conséquent, si l'ensemble de principes et de règles établies jusqu'ici sur la scène internationale en matière de concurrence (donc en date de

septembre 2003) sont bénéfiques pour les consommateurs canadiens. À des fins pratiques, nous regrouperons ces règles et principes sous l'appellation de « Projet d'accord multilatéral sur la concurrence » (ci-après Projet d'accord) , bien qu'il importe de reconnaître qu'il n'existe pas encore, à l'heure actuelle, un texte précis en la matière. Ce sont donc sur les *éléments essentiels* d'un éventuel accord multilatéral sur la concurrence que nous nous prononçons et que nous nous basons pour formuler des suggestions de modification en la matière. Une précision supplémentaire se doit d'être formulée à ce stade-ci du travail : le choix de l'OMC pour abriter un éventuel accord multilatéral sur la concurrence est source de controverse. Certains auteurs, en effet, soulignent que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ou encore, que la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) pourraient tout autant, sinon mieux, traiter de ces questions qui leur sont familières sur la scène internationale. D'autres, au contraire, soulignent que l'OMC est le lieu par excellence, car il assure le lien entre la libéralisation des échanges et les politiques de concurrence⁸. Bien qu'il importe d'être conscient de l'existence de ce débat, nous ne prendrons pas partie sur ce point controversé. À l'heure actuelle, en effet, c'est l'enceinte OMC qui a été choisie par les États membres pour abriter un accord multilatéral sur la concurrence. C'est donc dans cette optique que s'inscrit le présent rapport de recherche afin d'examiner la pertinence, en terme de protection du

⁸ Voir, entre autres : A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, 305 et suiv. Voir aussi : E. Fox, « International Antitrust and the Doha Dome », *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol. 43, 2003.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

consommateur, des dispositions figurant dans le projet d'accord multilatéral sur la concurrence.

Une première partie fera état de l'émergence d'une « culture de concurrence » sur la scène internationale. Nous présenterons tout d'abord les facteurs de l'internationalisation des politiques de concurrence justifiant l'urgence d'une sérieuse coordination inter-étatique en la matière (le contexte). Nous procéderons par la suite à une description détaillée des principes fondamentaux inscrits et discutés dans le Projet d'accord. La

deuxième partie consiste en une analyse du projet d'accord dans une perspective consumériste. Cette analyse s'opèrera en deux temps. Premièrement, nous ferons ressortir les insuffisances des règles actuelles régissant le Projet d'accord au sein de l'OMC ; deuxièmement, nous traiterons du silence problématique du Projet d'accord quant aux actions privées. Dans la perspective de l'adoption d'un accord multilatéral sur la concurrence dans un futur proche, nous proposerons, à chaque étape du rapport de recherche, des pistes de solution permettant d'inclure dans un tel accord des dispositions plus favorables aux consommateurs canadiens.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

1. UNE « CULTURE DE CONCURRENCE » EN ÉMERGENCE SUR LA SCÈNE INTERNATIONALE

Jusqu'à récemment, la concurrence ne faisait pas, ou très peu, partie des débats économiques internationaux. Les efforts pour mettre en place des règles en matière de concurrence dans les accords internationaux n'ont jamais véritablement abouti et, exception faite du cas de l'Union européenne, le droit de la concurrence est toujours développé et appliqué au niveau national. Néanmoins, les politiques de la concurrence s'internationalisent du fait qu'elles ne peuvent plus faire abstraction de la concurrence internationale ni de la transnationalisation des pratiques corporatives. C'est dans ce contexte précis que fut élaboré un accord multilatéral sur la politique de concurrence au sein de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après OMC). Les sections suivantes visent à évoquer dans un premier temps les raisons de l'internationalisation des politiques de concurrence et à faire ressortir la nécessité d'une coordination internationale dans ce domaine (1.1.). Puis il s'agira par la suite de tracer le contenu d'une telle coordination en fonction des principes fondamentaux inscrits et discutés dans le projet d'accord multilatéral sur la concurrence (1.2.).

1.1 LES FACTEURS DE L'INTERNATIONALISATION DES POLITIQUES DE CONCURRENCE

L'intérêt croissant pour les politiques de concurrence au niveau international provient d'un constat simple : dans un contexte de mondialisation, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles ne peut plus se reposer uniquement sur l'application de politiques nationales⁹. Plus précisément, l'internationalisation des politiques de concurrence s'explique par la reconnaissance que l'élimination progressive des barrières au

⁹ Michèle Rioux utilise l'expression « concurrence globalisée » pour référer aux nouvelles formes de concurrence dans le contexte de la globalisation. Elle définit la globalisation économique comme un phénomène qui est au centre des transformations de l'économie mondiale depuis les années 70; a comme vecteur principal le développement important des firmes, et, enfin, est caractérisé par un puissant mouvement en faveur du principe de concurrence. Voir : M. Rioux, « Culture de concurrence: les limites de

commerce, objectif ultime de l'OMC, doit être complétée par l'application des politiques de la concurrence pour garantir l'accès des concurrents étrangers aux marchés nationaux (1.1.1.); et que certains principes de concurrence visant à réduire l'utilisation de recours commerciaux (comme l'antidumping utilisé à des fins protectionnistes par exemple) doivent être adoptés (1.1.2). Enfin, il est admis de plus en plus que le pouvoir de marché des firmes transnationales (ci-après FTN) requiert l'élaboration d'un cadre réglementaire de la concurrence à l'échelle globale. Ainsi, les politiques de concurrence s'internationalisent du fait qu'elles ne peuvent plus être contenues dans le seul cadre national (1.1.3)¹⁰.

1.1.1 LA COMPLÉMENTARITÉ DE L'INTERFACE POLITIQUE COMMERCIALE/ POLITIQUE DE CONCURRENCE : L'ACCÈS AU MARCHÉ

La libéralisation des échanges est un processus qui vise à faciliter et augmenter le commerce des produits, des services et des savoirs ainsi que le transfert de technologie entre deux ou plusieurs États. La libéralisation des échanges repose sur la théorie de l'avantage comparatif, soit l'aptitude particulière d'un pays à fournir un produit ou un service à un coût relativement moindre que les autres produits ou services¹¹. Depuis la fin

l'antitrust international face à la concurrence globalisée », *Économie politique internationale*, Cahiers de recherche – CEIM (04-04), septembre 2004, 13 pages, à la page 3.

¹⁰ M. Rioux, « Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, à la page 16 ; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) < http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005).

¹¹ La théorie de l'avantage comparatif a été élaborée par David Ricardo en 1817 en tant qu'explication analytique fondamentale de l'origine des gains tirés du commerce. D'après cette théorie, chaque pays a un avantage à se spécialiser dans la production et le commerce du produit pour lequel il a un avantage de coût relatif par rapport aux productions des autres pays. D'après le principe de l'avantage comparatif, les pays A et B ont toujours intérêt à faire du commerce l'un avec l'autre, même si A est le meilleur pour tout, pour les automobiles comme pour le pain. S'il est très nettement supérieur comme constructeur automobile et juste un peu meilleur comme boulanger, A aurait toujours intérêt à investir ses ressources là où il excelle - construire des automobiles - et à exporter ses produits vers B, lequel devrait continuer à s'investir dans ce qu'il sait le mieux faire - la boulangerie - et vendre son pain à A, même s'il n'est pas aussi efficace que celui-ci. Le commerce resterait ainsi profitable pour l'un et pour l'autre. Un pays n'a donc pas besoin d'être le meilleur dans un domaine quelconque pour profiter du commerce : D. Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation* (1817), in J. Murray (ed) : Londres ; Traduction chez Calman-Levy :

de la seconde guerre mondiale, le libre-échange s'est développé très rapidement, et les échanges internationaux aussi. Les deux sont évidemment liés : quand il n'y a plus d'entraves aux échanges (en particulier sur le plan des taxes douanières), cela facilite ces derniers et leur permet de se développer. L'expression « politique de la concurrence » est quant à elle utilisée avec des sens différents selon les pays et les contextes. Dans son acception la plus large, elle englobe toutes les mesures qui influent sur la concurrence dans un marché, y compris les mesures de politique commerciale, de réglementation et de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises privées ou publiques. Au sens étroit, l'expression désigne le dernier de ces aspects, c'est-à-dire les lois ou régimes visant les comportements anticoncurrentiels des entreprises. L'objectif de la politique de concurrence est de protéger une concurrence effective sur le marché national, d'inciter les entreprises à rechercher la compétitivité et l'efficacité économique (donc, optimiser l'utilisation des ressources en rapprochant l'offre et la demande). Pour ce faire, la politique de concurrence évalue les atteintes au marché découlant d'une pratique restrictive de concurrence et tente de rééquilibrer les forces en présence, cette démarche visant entre autres à garantir aux consommateurs le meilleur choix quant à la qualité et au prix des biens et des services. Malgré la diversité des législations nationales, on retrouve souvent des domaines d'action identiques dans le cadre des politiques de concurrence: interdiction des accords qui restreignent la concurrence ; interdiction des abus de position dominante ; interdiction des concentrations qui créent ou renforcent une position dominante (règlement sur les concentrations). Dans tous les cas, l'accent est mis nécessairement sur les effets concurrentiels à l'intérieur des frontières, compte tenu des

Paris, 1970. Plus récemment, le Rapport Leutwiler (dans « Politique commerciale et prospérité : des propositions d'action », GATT, Genève 1985) a rappelé :

L'échange permet [aux pays] de se consacrer à ce qu'ils font le mieux. Il n'y a pas deux pays qui aient des ressources naturelles, un climat ou une population active rigoureusement identiques. Ces différences confèrent à chaque pays un "avantage comparatif" sur les autres, pour certaines productions. Grâce à l'échange, les avantages particuliers d'une multitude de pays se muent en productivité maximale pour tous. C'est ce que dit la théorie classique de l'échange international, qui demeure valable aujourd'hui.

compétences des autorités chargées de la concurrence (de juridiction interne)¹². Ce bref exposé permet de démontrer que les politiques de concurrence et celles de libéralisation des échanges ont clairement un objectif identique : réduire ou supprimer les obstacles et distorsions affectant les marchés. L'importance de cette synergie des politiques apparaît d'autant mieux lorsqu'elle fait défaut. En effet, l'absence d'une politique nationale de la concurrence peut décourager ou empêcher l'accès aux biens étrangers à un coût réduit pour les consommateurs ; de même, l'absence d'une libéralisation des échanges décourage ou empêche l'accès à des biens ou producteurs étrangers favorisant la concurrence. Les deux politiques reposent ainsi, du moins en partie, sur l'idée qu'un marché exempt de distorsions maximise l'efficacité et l'allocation des ressources au sein de l'économie¹³.

Dans un contexte où les marchés internationaux sont de plus en plus « ouverts », la concurrence est au centre des nouveaux problèmes auxquels l'OMC doit faire face. En effet, en abaissant progressivement, mais de manière significative, les barrières commerciales entre pays, la libéralisation des échanges a augmenté les possibilités d'exportation pour les producteurs et, par conséquent, la concurrence internationale. Les huit cycles de négociations commerciales multilatérales conclus depuis 1947 se sont donc traduits par un accès de plus en plus significatif aux marchés des États membres de l'OMC dans plusieurs secteurs économiques ainsi que par une réduction considérable des mesures gouvernementales – tarifaires et non tarifaires - adoptées en vue de protéger les entreprises nationales contre la concurrence étrangère¹⁴. L'affaire Kodak, qui fut portée

¹² La partie 2.0 traite en détail de ces questions. Voir : A. Bienaimé, « Le droit de la concurrence sert-il l'intérêt du consommateur ? », *Problèmes Économiques*, La Documentation française : Paris, no 2.487, 1996, à la page 20. Voir en outre : A. D. Mitchell, "Broadening the Vision of Trade Liberalization - International Competition Law and the WTO", *World Competition*., Vol. 24, 2001, à la page 345.

¹³ OCDE, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, « Cohérences et incohérences entre les politiques des échanges et de la concurrence », Non classifié, Doc. COM/TD/DAFFE/CLP(98)25/FINAL, septembre 1999, 20 pages.

¹⁴ M. Rioux, « Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, 17-18 ; en ligne : Centre études internationales et

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

devant l'OMC, illustre bien comment les conditions et les politiques internes de la concurrence affectent les débats autour du concept d'accès au marché. Suite à une plainte de Kodak concernant les conditions d'accès au marché japonais de pellicules photographiques, les États-Unis ont affirmé devant l'OMC que les mesures de libéralisation commerciale prises par le Japon avaient été suivies de contre-mesures pour structurer le marché de la photographie grand public de manière à empêcher Kodak de se faire une place importante sur le marché japonais. En bref, les États-Unis ont avancé que le Japon tolérait une structure de marché laissant libre cours aux pratiques anticoncurrentielles de Fuji (filiale japonaise) visant à bloquer les exportations de Kodak vers le marché japonais de pellicules photographiques, et que cela annulait par conséquent les avantages concédés en vertu du GATT 1994. En avril 1998, l'OMC a rejeté la plainte, mais en acceptant d'examiner cette affaire, elle a confirmé qu'il était possible d'élargir les procédures des différends de l'OMC pour y inclure les comportements déloyaux d'entreprises qui sont tolérés par les États membres d'où proviennent ces entreprises¹⁵.

En conclusion, les différences structurelles entre les marchés ainsi que les divergences au niveau des lois et de leur application sont désormais au centre des problèmes d'accès au marché, d'où l'intérêt, selon certains, d'en arriver à un accord multilatéral sur le commerce. Certes, ce ne sont pas *toutes* les pratiques anticoncurrentielles qui ont un effet sur le commerce international, mais un tel accord ferait en sorte que la politique

mondialisation (CEIM) < http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005). Voir aussi : Sophie Dufour, « ZLÉA et politique de concurrence : une porte ouverte à la domination des multinationales sur le marché continental américain ? », Notes d'une présentation donnée dans le cadre du colloque "Construire les Amériques", Montréal, Novembre 2003 ; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) < http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/construire_dufour.pdf > (dernière consultation : 05 mars 2005)

¹⁵ L'Accord sur l'OMC comprend l' *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*. Cet instrument, dénommé le « GATT de 1994 », est fondé sur le texte originel de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* de 1947. Les États-Unis alléguaient que les mesures du gouvernement japonais allaient à l'encontre de l'article III (sur le traitement national en matière de réglementation intérieure) et de l'article X (sur la transparence), ces mesures annulant ou réduisant les avantages concédés en situation de non violation (article XXIII : Protection des concessions et des avantages). Voir : *Japon — Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, 1998, OMC, Doc. WT/DS44/R (Rapport du Groupe spécial).

commerciale et la politique de la concurrence ne se contredisent pas.¹⁶ À l'heure actuelle, il existe des mesures relatives à la concurrence dans certains accords de l'OMC : l'*Accord sur les télécommunications de base* (1998) ; l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC, TRIPS en anglais, 1995) ; enfin, l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, plus communément appelé « Accord antidumping » (1994). Dans ces accords, l'approche reste cependant encore très circonscrite, et rien n'indique que les États soient prêts, pour le moment, à s'engager trop loin dans l'élaboration de règles communes¹⁷.

1.1.2 LES MESURES ANTIDUMPING ET LA CONCURRENCE

Les accords GATT-OMC s'adressent avant tout aux conditions d'ouverture des marchés à la concurrence étrangère, mais des dispositions permettent aux États de prendre unilatéralement des mesures pour limiter ou bloquer la concurrence étrangère : c'est le cas des mesures antidumping. Il y a *dumping* lorsqu'un exportateur étranger vend ses marchandises sur les marchés internationaux à un prix inférieur à celui auquel elles sont vendues sur le marché intérieur (soit la « valeur normale »), ou encore à un prix inférieur au coût de production. Les pays peuvent alors imposer des droits *antidumping* équivalant à la marge de dumping s'il est déterminé que les importations sous-évaluées causent ou menacent de causer un dommage à la branche de production nationale de ces marchandises. Au Canada, par exemple, la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* permet, à condition que cette pratique cause un préjudice ou dommage économique à l'industrie canadienne, de faire imposer un tarif antidumping à l'importation de ces

¹⁶ A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, à la page 306.

¹⁷ M. Rioux, « Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, 17-18 ; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) < http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005).

marchandises. Le but de ce tarif est, bien entendu, de faire corriger les prix du produit importé¹⁸.

Les mesures anti-dumping ont donc été mises sur pied afin d'éviter que du dumping, qui servirait à exclure ou à discipliner des concurrents, ne nuise, à moyen terme, au fonctionnement du marché et aux consommateurs. Si les mesures anti-dumping s'avèrent en certaines occasions protectrices des intérêts des consommateurs, l'utilisation excessive qui en est faite laisse entrevoir un détournement de ces dernières à des fins protectionnistes, les mesures antidumping étant alors axées *uniquement* sur la défense des intérêts des producteurs nationaux contre la concurrence étrangère. Il faut dire que les circonstances permettent un recours abusif aux mesures antidumpings. En effet, alors que les lois antidumping et celles sur la concurrence sont toutes deux principalement dirigées contre la forte différenciation des prix au niveau international, les lois sur la concurrence feront en sorte que la discrimination par les prix ne porte pas préjudice à la concurrence dans son ensemble, tandis que les mesures antidumping veilleront uniquement à ce que les intérêts de certains concurrents particuliers (les concurrents nationaux) ne soient pas endommagés. En outre, les règles et procédures entourant les mesures antidumping sont moins contraignantes que celles liées aux politiques de concurrence, si bien que « toute entreprise étrangère qui exporte des produits à un prix moindre (peut devenir) une cible potentielle¹⁹ ». Les mesures antidumping s'opposent donc à la concurrence par les prix en négligeant de considérer que l'existence de bas prix puisse refléter une efficience plus grande. En ce sens, elles peuvent facilement ignorer les intérêts des consommateurs en donnant lieu à une offre plus limitée et des prix plus élevés²⁰. Par conséquent, il se peut fort bien que lorsque des engagements sur les prix

¹⁸ L.R.C. 1985, ch. S-15.

¹⁹ M. Rioux, « Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, 17-18 ; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) < http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005).

²⁰ Voir sur ce point, en lien avec les **consommateurs Canadiens** : M. Kronby, « Kicking the Tires: Assessing the Hyundai Anti-Dumping Decision From a Consumer Welfare Perspective » (1991) 18 Can.

sont utilisés comme dispositif et antidumping, une incohérence se manifeste dans la mesure où ces engagements seraient, en principe, considérés comme des ententes injustifiées du point de vue de la politique de la concurrence²¹.

Bien que le système antidumping ait été récemment amélioré par le biais d'un « Accord antidumping » au sein de l'OMC, ce dernier ne se prononce pas sur la question de savoir si les mesures antidumping peuvent constituer en certaines occasions un cas de concurrence déloyale²². Il n'y a donc toujours aucun rapprochement des mesures antidumping avec les règles de la concurrence. Cela est pourtant faisable : en effet, on pourrait élaborer un recours efficace contre les pratiques antidumping détournées à des fins protectionnistes en faisant intervenir les règles et les procédures qui servent à l'application de la politique de la concurrence (par exemple, la démonstration de l'existence de barrières à l'entrée, la possibilité pour les exportateurs de faire appel à des moyens de défense semblables à ceux qui sont disponibles dans le cadre de poursuites en

Bus. L.J. 95. Voir aussi : J-M Leclerc, "Reforming Anti-Dumping Law: Balancing the Interests of Consumers and Domestic Industries", (1999) 44 McGill L.J. 11e1.

Il convient de noter toutefois que l'Union européenne et le Canada ont des dispositions législatives prévoyant que les considérations d'intérêt public soient prises en compte dans la décision d'appliquer ou non un droit antidumping ou compensateur. La "règle de l'intérêt communautaire" implique qu'avant de prendre une décision sur des mesures antidumping, il faut procéder à une estimation globale de tous les intérêts en faveur et à l'encontre de telles mesures, de manière à prendre en compte non seulement les intérêts des producteurs de l'UE mais aussi ceux de la branche utilisatrice (ainsi que des consommateurs de l'UE si le produit faisant l'objet d'une enquête est un article de consommation finale) : OCDE, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, « Cohérences et incohérences entre les politiques des échanges et de la concurrence », Non classifié COM/TD/DAFFE/CLP(98)25/FINAL, Septembre 1999, 20 pages. **Au Canada**, le paragraphe 45(1) de la *Loi sur les mesures d'importation* prévoit que dans les cas où après avoir rendu des conclusions de préjudice sensible, le Tribunal estime que l'assujettissement, total ou partiel, des marchandises aux droits antidumping serait ou pourrait être contraire à l'intérêt public, il soumet un rapport au ministre des Finances énonçant son opinion, faits et motifs à l'appui.

²¹ Pour la définition d' « entente injustifiée », se reporter aux définitions dans le point 1.1.3 du présent document.

²² L'Accord antidumping de l'OMC expose les règles relatives à l'ouverture d'enquêtes antidumping, au calcul des marges de dumping, à l'application de recours, à la détermination du dommage, à l'application de la loi, aux réexamens, à la durée d'application des mesures et au règlement des différends. Cet accord ne vise que les échanges de marchandises, et non les échanges de services. L'Accord se limite donc, essentiellement, à dire comment les gouvernements peuvent ou ne peuvent pas réagir au dumping: il discipline uniquement les mesures antidumping.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

matière de concurrence, l'introduction d'un plafond réduisant la possibilité de plaintes antidumping par les entreprises, etc.)²³. Mais pour le moment, rien de très concret n'a vraiment émergé.

1.1.3 LA MONTÉE EN PUISSANCE DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES DES FIRMES TRANSNATIONALES (FTN) : À LA SOURCE DE PROBLÈMES JURIDIQUES MAJEURS

L'un des paradoxes les plus frappants de la globalisation des marchés à l'heure actuelle réside dans la non-coïncidence entre les espaces du marché mondial et la dimension nationale des cadres réglementaires de la concurrence. En d'autres mots, aucun cadre normatif ne s'applique directement aux acteurs économiques privés à l'échelle globale alors que ces derniers, puissants, échappent plus facilement aux mécanismes de contrôle des pratiques anticoncurrentielles au niveau national²⁴.

Tout d'abord, qu'est-ce qu'une FTN ? Il s'agit, dans les termes les plus simples, d'une entreprise qui possède plus d'une unité de production dans plus d'un pays, généralement dans le secteur manufacturier (mais le secteur bancaire et celui des services ont

²³ Voir plus précisément ci-dessous les pages 80 et suiv. du présent document, traitant spécifiquement de cette question. On pourra aussi consulter : OCDE, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, « Cohérences et incohérences entre les politiques des échanges et de la concurrence », Non classifié COM/TD/DAFFE/CLP(98)25/FINAL, septembre 1999, 20 pages ; M. Rioux, « Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, 17-18 ; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) < http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005).

²⁴ Voir : M. Rioux, « Vers un droit mondial de la concurrence? », *Continentalisation*, Cahiers de recherche-CEIM (99-8); en ligne : Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) < http://www.unites.uqam.ca/gric/gric-99-8_menu.htm > (dernière consultation : 10 mars 2005). Pour certains auteurs, la mondialisation est l'expansion des FTN, perçues comme de nouveaux pouvoirs viendraient même, par leurs dimensions, concurrencer les États : F. Talahite, « Production ou édicitions de normes ? Les nouvelles théories de l'entreprise et la mondialisation », in Durand (ed.) *La puissance des normes*, L'Harmattan : Paris, 2003.

progressivement suivi le mouvement de délocalisation de leur clients)²⁵. Selon un rapport publié en 2002 par la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), il existe 63 000 entreprises transnationales, la majorité étant située dans les pays développés. Ces entreprises transnationales contrôlent 690 000 filiales à travers le monde, ces dernières étant principalement concentrées dans le secteur de l'équipement électronique, de l'automobile, du pétrole, de la chimie et de la pharmacie. Le chiffre d'affaire mondial de l'ensemble des filiales étrangères est environ deux fois supérieur au montant des exportations dans le monde (atteignant les 15000 milliards de dollars) et la production internationale des FTN représente le *dixième du PIB mondial*, ce qui est énorme²⁶. Les flux d'investissements directs internationaux, d'une valeur de 865 milliards de dollars en 1999 (entrées), ont crû de 32 % annuellement entre 1996 et 1999 alors que les exportations ont augmenté de 1,5 % annuellement. Parallèlement, les flux d'investissement, qui représentaient en moyenne 4,1 % de la formation brute de capital fixe dans le monde entre 1993 et 1998, en représentent maintenant plus de 12 %²⁷. Il faut donc composer avec des « mastodontes » qui dominent les règles du marché mondial. Comme le résume d'ailleurs si justement Michèle Rioux :

Le commerce international est lui-même devenu un commerce transnational ; s'il traverse les frontières nationales, c'est de plus en plus au sein même des entreprises et, en cela, il **n'est plus régi par le marché mais par les décisions et les stratégies des entreprises**. Les FTN ne sont-elles pas responsables des deux tiers du commerce mondial, dont un tiers prend la forme de commerce intra-firme²⁸? (nos caractères gras)

²⁵ H. V. Perlmutter, D. A. Heenan; "Cooperate to Compete Globally", *Harvard Business Review*, Vol. 64, No 2, 1986.

²⁶ United Nations Conference on Trade and Development, *World investment report : 2002 : transnational corporations and export competitiveness*, New York : United Nations, 2002, 350 p. En 2003, la chiffre d'affaire représentait non plus 10% mais 12% du PIB mondial. Voir : CNUCED, « Transnational Corporations », Vol.13, No.3, (UNCTAD/ITE/IIT/2004/9), janvier 2004, 186 pages. Voir aussi :

²⁷ M. Rioux, « Vers un droit mondial de la concurrence? », *Continentalisation*, Cahiers de recherche-CEIM (99-8); en ligne : Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) <http://www.unites.uqam.ca/gric/gric-99-8_menu.htm> (dernière consultation : 10 mars 2005).

²⁸ Voir : M. Rioux, "Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, à la page 22 ; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) <

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

Les FTN, à propos desquelles il est important de reconnaître qu'elles peuvent favoriser une meilleure efficacité économique, l'innovation ou encore, constituer un moteur de croissance et de développement, posent aussi de sérieux problèmes de concurrence de dimension et de nature transnationales²⁹. Ces problèmes sont présentés brièvement ci-dessous :

*Nature des pratiques commerciales déloyales (anticoncurrentielles)*³⁰

Il existe quatre grands types de pratiques commerciales qui peuvent avoir des effets anticoncurrentiels et affecter le commerce international :

- i. *Les restrictions horizontales* (arrangements entre entreprises concurrentes produisant des produits similaires ou identiques en vue de restreindre la concurrence);
- ii. *Les restrictions verticales* (arrangements anticoncurrentiels entre entreprises intervenant à différentes étapes du circuit production-distribution);
- iii. *Les abus de position dominante*;
- iv. *Les fusions*.

i. Les restrictions horizontales

Elles peuvent prendre trois formes :

- Cartels d'importation et mécanismes similaires;

http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005).

²⁹ *Ibid*, Les problèmes liés aux pratiques anticoncurrentiels des firmes sont reconnus au niveau de l'OMC, de la CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement) et de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économique).

³⁰ Cette partie du travail s'inspire largement de : Juris International (banque de données sur le droit du commerce international au service des juristes d'affaires.), « Commerce et politique de la concurrence », Chapitre 23 ; en ligne : http://www.jurisint.org/pub/page00_fr.htm (dernière consultation : 07 avril 2005).

- Cartels d'exportation et mécanismes similaires;
- Cartels internationaux.

Cartels d'importation: ce sont des cartels, formés par des importateurs ou acheteurs dans un pays, qui fonctionnent avec des mécanismes similaires (tels les boycotts ou le refus collectif de traiter avec des concurrents étrangers) ou à travers des comportements apparentés (telle l'exclusion des concurrents étrangers des associations professionnelles ou leur acceptation à des conditions discriminatoires, et en particulier l'établissement par ces associations de normes tendant à exclure les non-participants). Pour les raisons énoncées ci-dessus, ces cartels sont manifestement préoccupants du point de vue de l'accès aux marchés. Les « ententes injustifiables³¹ », par exemple, la fixation des prix, la restriction de la production, la répartition des marchés et des clients sont en général purement et simplement interdites par la loi sur la concurrence, parfois avec certaines réserves (dans certains pays, ces ententes peuvent être autorisées si les importateurs font face à des fournisseurs étrangers dominants ou si l'on considère que la concurrence sur le marché intérieur n'est pas sensiblement limitée).

Cartels d'exportation : il s'agit d'accords passés entre des entreprises nationales pour fixer les prix sur des marchés étrangers—procédure qui n'est pas autorisée sur les marchés nationaux—. Ainsi les entreprises pratiquent une discrimination par les prix, en exigeant des prix plus élevés sur les marchés étrangers que sur les marchés nationaux (le problème inverse est traité par les recours commerciaux qui s'appliquent au dumping). On peut distinguer deux catégories de cartels d'exportation : les cartels d'exportation “purs”, qui visent exclusivement les marchés extérieurs, et les cartels d'exportation “mixtes”, qui restreignent la concurrence tant sur le marché intérieur du pays exportateur que sur les marchés extérieurs. La plupart des pays considèrent que les cartels d'exportation purs n'entrent pas dans le champ du droit de la concurrence pour deux raisons : soit ils

³¹ Pour une définition d'entente injustifiable, se reporter ci-dessous au point 1.2.3. du présent texte.

considèrent que ces cartels ne relèvent pas de la législation nationale; soit ils les exemptent expressément de l'application des lois sur la concurrence sous prétexte que les exportateurs ont besoin de certains pouvoirs compensatoires pour concurrencer effectivement les rivaux étrangers. Il est donc difficile pour le consommateur affecté par un cartel d'exportation d'obtenir gain de cause dans le pays d'origine du cartel (à moins que le droit de la concurrence du pays étranger affecté s'opère de manière extraterritoriale). Pourtant, bien que les cartels à l'exportation comptent pour une petite proportion des pratiques commerciales, un cartel de la sorte peut déséquilibrer un marché étranger s'il possède un pouvoir assez puissant pour influencer les prix. Les prix, en effet, augmentent dans le marché étranger, et ce, alors qu'on constate un commerce de biens ou de services de moindre qualité³². Les cartels d'exportation mixtes sont généralement assujettis plus ou moins aux mêmes prescriptions ou interdictions pures et simples que les cartels qui n'affectent que le marché intérieur, mais certains pays accordent des exemptions particulières lorsque l'effet de restriction sur le marché intérieur est secondaire par rapport à la restriction visant le commerce d'exportation.

Cartels internationaux : les cartels internationaux et arrangements de partage des marchés entre entreprises de deux ou plusieurs pays sont généralement assimilés à des arrangements horizontaux de fixation des prix et autres formes de collusion à l'intérieur d'un seul pays. L'objet de ces cartels consiste à obtenir une augmentation conjointe des prix, à restreindre l'offre de biens et services pour la rendre plus coûteuse, voire pour en interdire purement et simplement la vente à d'autres, ainsi qu'à se répartir les marchés d'appel d'offres publics ou privés (truquage d'offre). La concurrence est donc limitée, les prix augmentés, la production est restreinte et les marchés sont répartis dans l'intérêt des entreprises. Dans les années 40 et 50, les autorités antitrust des États-Unis ont traité un grand nombre d'affaires de cartels portant sur le marché international de produits primaires et manufacturés. Dans les années 90, il y a eu une nouvelle vague de poursuites

³² A. D. Mitchell, "Broadening the Vision of Trade Liberalization - International Competition Law and the WTO", *World Competition*., Vol. 24, 2001, à la page 348.

contre des ententes de producteurs fixant les prix au niveau international pour des produits comme la lysine, l'acide citrique et le papier pour photocopieurs. À l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après OCDE), les travaux du Comité du droit et de la politique de la concurrence ont intensifié les échanges entre autorités de concurrence des pays membres pour assurer la mise en œuvre d'une recommandation de 1998 sur la lutte contre les cartels internationaux³³. En 2000, les travaux ont concerné cinq points qui préoccupent plus particulièrement les autorités de concurrence : le niveau des prélèvements indus occasionnés par des cartels et les autres dommages qu'ils peuvent causer à l'économie, les restrictions juridiques à la coopération internationale entre autorités de concurrence, les conditions d'une coopération optimale entre ces mêmes autorités, les meilleurs outils d'enquête et les recours les plus efficaces pour faire assurer le respect du droit de la concurrence par les entreprises.

ii. Les restrictions verticales :

Elles peuvent susciter des préoccupations en ce qui concerne le commerce international lorsqu'elles empêchent les entreprises étrangères d'avoir accès à des réseaux de distribution contrôlés par des fournisseurs nationaux. Elles prennent les formes suivantes :

- Réseaux de concessionnaires exclusifs qui empêchent les distributeurs de vendre les produits de concurrents;
- Vente liée, subordonnant l'achat d'un produit donné d'une certaine marque à l'achat d'un autre produit de la même marque;
- Primes de loyauté ou rabais incitant les distributeurs à ne pas distribuer les produits de concurrents; et

³³ Recommandation de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998)

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

- Fixation de territoires exclusifs empêchant les distributeurs de vendre en dehors d'une certaine zone géographique.

iii. L'abus de position dominante

La plupart des lois sur la concurrence font une distinction entre les accords entre entreprises et l'abus de position dominante (ou l'exercice d'un monopole). Cette dernière situation désigne les pratiques employées pour préserver, renforcer ou exploiter la position dominante d'une entreprise sur le marché. Les pratiques sont les suivantes :

- accords d'exclusivité;
- exclusion du marché par l'intégration verticale;
- vente liée;
- maîtrise des installations clés et des intrants ou réseaux de distribution essentiels;
- pratiques de rapine en matière de prix et autres;
- pratique de prix discriminatoires;
- arrangements contractuels exclusifs;

Parmi les abus de position dominante, on retrouve les pratiques regroupées sous le nom de « prédation ». Ces dernières consistent à forcer des entreprises déjà sur le marché à le quitter. Pour ce faire, une firme en position de force sur le marché va pratiquer un prix prédateur (ou déraisonnablement bas) dans le but unique et premier d'éliminer un concurrent ou de prévenir son entrée sur le marché. La firme, en réduisant ainsi ses prix à un niveau qui ne lui permettrait pas de survivre à long terme, réussit à chasser ses concurrents du marché. Elle compense donc ses pertes temporaires par des profits de monopoles futurs. Cela est fort dommageable pour les consommateurs car un faux signal, basé sur un prix à court terme intenable, leur est envoyé. Une fois que les concurrents ont

disparu, les prix augmentent et à niveau souvent plus élevé que celui propre à un marché compétitif. Le consommateur pourrait avoir des difficultés à obtenir gain de cause dans le pays de la firme en position dominante car les lois en matière de concurrence de certains pays ne permettent pas que des firmes lésées ou des individus portent plainte en dehors du pays³⁴.

iv. Les fusions

On peut distinguer trois catégories de fusions : les fusions horizontales, les fusions verticales et les fusions de conglomérat. En valeur, environ 70 % des fusions et acquisitions internationales sont horizontales. Elles sont en forte augmentation depuis 1996 tandis que les opérations conglomérales et verticales diminuent (passant, respectivement, de près de 40 % à moins de 30 % et de 5 % à 2 %)³⁵.

Les fusions horizontales associent deux entreprises ou davantage ayant le même genre d'activité et opérant dans le même marché : le groupe cherche donc à augmenter son pouvoir de marché en renforçant sa position dans une filière où il est déjà présent. La fusion horizontale est l'objectif le plus décrié par la théorie économique et il légitime le plus souvent l'intervention des autorités antitrust pour limiter les monopoles³⁶. En effet, les FTN, qui procèdent de façon croissante à des fusions-acquisitions impliquant des concentrations horizontales, tentent d'exclure la concurrence en réduisant le nombre d'intervenants, donc, purement et simplement, en éliminant les concurrents à travers leur pouvoir de monopole (par exemple, l'alliance entre Microsoft, Intel et Cisco a joué un rôle considérable dans l'établissement d'un standard et a permis à ces trois firmes de dominer le marché). Cela peut-être au désavantage des consommateurs des pays

³⁴ A. D. Mitchell, "Broadening the Vision of Trade Liberalization - International Competition Law and the WTO", *World Competition.*, Vol. 24, 2001, à la page 349.

³⁵ *Ibid*, à la page 347.

³⁶ Voir : N. Coutinet, F. Moreau, S. Peltier ; *Les grands groupes des industries culturelles. Fusions, acquisitions, alliances : les stratégies des années 1980-2000*, Ministère de la Culture, Département des études et de la prospective, Paris, 2002, 191 pages.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

concernés car lorsqu'un monopole multinational exerce son pouvoir de marché, les prix sont plus hauts (de la même façon que lors de la formation d'un cartel) et les options d'achat réduites. Toutefois, la décision des autorités responsables de la concurrence en matière de fusions horizontales est compliquée par le fait que, comme la fusion permet à d'anciens rivaux d'intégrer leurs établissements de production, elle peut aussi influencer sur les prix de revient. Si elle entraîne une baisse des coûts variables, elle peut alors faire baisser les prix de vente et donc être souhaitable d'un point de vue social³⁷.

Les fusions verticales associent des entreprises qui interviennent à différentes étapes de la production et de la commercialisation dans une branche de production. Elles ont souvent pour objet d'obtenir des gains d'efficacité en réduisant les coûts de transaction et autres par l'internalisation des différentes étapes de la production et de la distribution, mais elles peuvent aussi servir à fermer des sources d'intrants ou des réseaux de distribution aux concurrents³⁸.

Les fusions de conglomérat intègrent des entreprises qui opèrent dans des secteurs sans rapport les uns avec les autres. Généralement, elles ne soulèvent pas de problèmes du

³⁷ A. D. Mitchell, "Broadening the Vision of Trade Liberalization - International Competition Law and the WTO", *World Competition*, Vol. 24, 2001, à la page 347.

³⁸ La concentration verticale peut être motivée par la volonté de mettre en place des stratégies de discrimination par les prix (vendre un même bien ou service à des prix différents). Cette stratégie suppose que les clients ne peuvent librement contracter entre eux, ceux ayant obtenu le bien à moindre coût ne pouvant le revendre à ceux qui doivent le payer plus cher. Pour cela, un producteur de biens intermédiaires, fournisseur de deux firmes qui n'ont pas la même sensibilité au prix, peut chercher à créer une filiale aval afin d'éliminer les possibilités de revente. L'intégration de l'entreprise la plus sensible au prix permet à ce producteur de vendre plus cher à la seconde : R. Crandall, "Vertical integration and the market for repairs parts in United States automobile industry", *Journal of industrial economics*, 1968, 212-234 ; M. Perry, "Price discrimination and forward integration", *Bell Journal of Economics*, 1978, p. 209-217. L'analyse de T. J. Krattenmaker et S. T. Salop montre que des concentrations verticales ou des alliances entre fournisseurs et producteurs peuvent donner lieu à des contrats d'exclusivité d'approvisionnement. L'utilisation de telles stratégies fait qu'en plus de l'approvisionnement en biens intermédiaires, l'acheteur obtient de l'offreur qu'il ne réponde pas aux demandes exprimées par d'autres acheteurs. Il est alors possible d'exclure les firmes rivales de la possibilité de s'approvisionner à moindres coûts. L'objectif de cette pratique est de réduire la concurrence au stade aval du processus de production en augmentant les coûts d'approvisionnement des entreprises concurrentes. Une telle pratique permet à la firme de conserver son pouvoir de marché en augmentant ses prix sans crainte ou menace de la concurrence : T. G. Krattenmake, S.T. Salop, "Competition and cooperation in the market for exclusionary rights", *American economic review*, vol. 76, no 2, 1986, 109-113.

point de vue de la politique de la concurrence puisqu'elles n'accroissent pas le pouvoir de marché.

Tel que cela ressort de la présentation ci-dessus, il existe deux problèmes juridiques majeurs en lien avec les opérations des FTN. Tout d'abord, le cadre normatif qui s'applique directement aux acteurs économiques privés à l'échelle globale est léger et peu contraignant, ce qui permet aux FTN d'échapper plus facilement aux mécanismes de contrôle des pratiques anticoncurrentielles au niveau national. Ensuite, alors qu'aujourd'hui plus d'une centaine d'États et de communautés d'États disposent d'un droit de la concurrence ainsi que des autorités de surveillance, les différents codes de la concurrence peuvent entrer en conflit les uns avec les autres en cas de transactions transfrontalières. Cette tendance est renforcée par la reconnaissance quasi-universelle du principe de l'effet. Ce principe stipule qu'un droit national de la concurrence est applicable dès que le comportement en question produit des effets dans le commerce de ce pays³⁹. Comme les actes d'une FTN peuvent avoir des effets partout dans le monde, la théorie des effets déclenche l'applicabilité simultanée de différentes législations nationales qui ne conduisent pas forcément à des solutions conciliables. Dès lors, tel que

³⁹ En vertu de la "théorie des effets", le droit américain de la concurrence applique, par exemple, le principe de la compétence *rationae materiae* aux pratiques déloyales, c'est-à-dire, dans la terminologie américaine, toute pratique « déraisonnable, injustifiable ou discriminatoire et qui réduirait ou mettrait en difficultés le commerce américain » (*Trade Act* de 1974 qui institue la fameuse « section 301 » autorisant le Président des États-Unis ou son représentant pour le Commerce (United States Trade Representative ou USTR), saisi par les secteurs concernés (entreprise, syndicat professionnel), à prendre des mesures à l'encontre des pays qui affectent les intérêts commerciaux des États-Unis). Sont notamment visées certaines pratiques en matière d'importation ; les pratiques ou fusions à l'étranger qui ont un effet « direct, notable et raisonnablement prévisible » sur les importations ou le commerce des États-Unis ; les pratiques restreignant les exportations et les pratiques commerciales restrictives entravant le financement ou l'achat par le Gouvernement des États-Unis de biens ou de services à l'étranger. La doctrine de l'effet, telle que développée aux États-Unis, a conduit de nombreux pays, dont le Canada, à se doter de lois visant à bloquer les effets extraterritoriaux des décisions rendues par les tribunaux américains en droit de la concurrence : Voir : CNUCED, Commission de l'investissement, de la technologie et des questions financières connexes, « Consultations sur le droit et la politique de la concurrence, y compris la loi type et les études relatives aux dispositions de l'ensemble des principes et des règles », Réunion d'experts sur le droit et la politique de la concurrence, Genève, 13 novembre 1996, doc. TD/B/COM.2/EM/2.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

le souligne Heinemann, il y a un réel danger que des décisions administratives divergentes mènent à des irritations politiques sérieuses entre pays⁴⁰. Bien que les opérations de fusion soient les sources majeures de conflit, des problèmes se posent dans *tous* les domaines du droit de la concurrence. Dans l'affaire *Microsoft* par exemple, on a reproché principalement un abus de position dominante sur le marché des logiciels d'exploitation (Windows) visant à conquérir illégalement d'autres marchés. Tandis que la procédure aux États-Unis a débouché sur une solution à l'amiable, la Commission européenne a infligé une amende record de 500 millions d'euros⁴¹. La coexistence des différentes législations nationales en matière de concurrence est donc loin d'être pacifique : alors que le droit de la concurrence relève majoritairement du droit privé, les problèmes liés aux exigences des autorités nationales de la concurrence relèvent du droit public. Certes, en droit public, des règles de conflit existent (principes de nationalité, territorialité, courtoisie), mais elles ne délimitent pas l'applicabilité des différentes juridictions avec la même précision que le droit international privé (les remarques concernant le principe de l'effet l'ont bien démontré). En plus, en droit public, il n'est pas possible — contrairement au droit privé — qu'une autorité nationale applique un droit étranger. Il faut donc rechercher d'autres solutions...

En bref, malgré les objectifs communs de la libéralisation des échanges et des politiques de concurrence (favoriser un plus grand accès au marché), les moyens d'atteindre ces deux objectifs varient énormément : la libéralisation des échanges passe par des accords multilatéraux internationaux tandis que le droit de la concurrence relève

⁴⁰ A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, à la page 306. L'affaire Boeing est révélatrice de ces tensions : selon les autorités antitrust américaines, le projet de fusion des constructeurs Boeing et McDonnell-Douglas ne posait pas de problèmes; la transaction n'allait pas avoir un effet significatif sur les prix pour les clients puisque les ventes potentielles de McDonnell-Douglas étaient à peu près nulles. La Communauté européenne a mis l'accent, en revanche, sur le fait que la transaction pouvait impliquer l'abus de position dominante, ainsi que sur les effets de la transaction sur les concurrents. Suite à des concessions de la part de Boeing au sujet de ses contrats d'exclusivité, la Commission Européenne a finalement décidé de ne pas contester la transaction.

⁴¹ Communiqués de presse IP/04/365, IP/04/382, MEMO/04/70, décision non publiée en date du 24 mars 2004. Le 22 décembre 2004, le Président du Tribunal de première Instance des Communautés Européennes a rendu une ordonnance par laquelle il rejetait le recours en référé formé par la société Microsoft contre la décision de la Commission Européenne de la sanctionner pour violation des règles du droit communautaire de la concurrence.

largement du droit national des États. Ce paradoxe entre l'émergence d'un espace économique structuré à l'échelle globale et le vide institutionnel qui règne en matière d'organisation de la rivalité concurrentielle suggère une intensification de la coopération inter-étatique en matière de concurrence. Cette coopération est-elle suffisamment efficace dans le cadre des échanges bilatéraux ou plurilatéraux ?

Harry First, professeur de droit antitrust américain, a développé le concept d'« unilatéralisme altruiste » : basé sur la constatation que le droit américain en matière de concurrence dispose de la plus grande expérience en actions privées ainsi que des plus sévères sanctions, il demande que soient incluses dans le calcul des dommages-intérêts les ventes effectuées à l'étranger, si ces ventes sont influencées par un cartel international. Ainsi il propose un système de suppléance internationale qui correspond à une approche unilatérale : les pays disposant de la législation la plus stricte et ayant le plus grand potentiel d'exécution (souvent les États-Unis) prennent en charge la poursuite des cartels, même dans la mesure où d'autres pays sont touchés⁴². Cette proposition a quelques mérites, mais une approche unilatérale ne résout pas les problèmes de fond identifiés auparavant. En effet, comme déjà esquissé, le danger de décisions administratives divergentes n'est pas écarté. Qui plus est, les pays concernés par un certain comportement anticoncurrentiel pourraient être insatisfaits d'une prise en charge unilatérale et non-sollicitée par l'autorité qui dispose de plus grands pouvoirs de fait. Enfin, s'il y avait le danger que des informations obtenues puissent faire l'objet d'une procédure civile aux États-Unis, les firmes concernées n'auraient aucun intérêt à coopérer avec les autorités compétentes⁴³.

⁴² Voir: H. First, "Evolving Toward What? – The Development of International Antitrust", in Josef Drexler (ed.) *The Future of Transnational Antitrust – From Comparative to Common Competition Law*, Bern: Kluwer, 2003, 23-51. Voir aussi: H. First, "The Role of the States in Antitrust Enforcement", *The George Washington Law Review*, Vol. 69 (5-6), 2001, 1701-1737.

⁴³ Voir : A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, à la page 298. Voir aussi : M. Trebilcock, A. N. Campbell, J. W. Rowley; "The Role of Monopoly Laws in the International Trading System", *International Trade Law and Regulation*, Vol. 5, 1995, 167-168.

La coopération bilatérale en matière de concurrence est-elle susceptible, alors, de mieux fonctionner? Les années 1990 ont connu une forte multiplication du bilatéralisme en matière de concurrence et aujourd'hui, la coopération bilatérale dans ce domaine a la plus grande importance pratique. En effet, de nombreux accords bilatéraux ont été conclus dans le monde dans ce domaine⁴⁴. Ces accords diffèrent dans leur contenu et leur portée, allant de traités d'entente juridique (les plus contraignants) à des accords de libre-échange ou à des ententes, très informelles, de coopération inter-organismes. Dans les accords de coopération, un pays partie à l'entente doit notifier l'autre partie lorsqu'il prend des mesures de mise en application de la loi susceptibles d'affecter des intérêts importants de cet État. Ces accords favorisent explicitement la communication de renseignements; toutefois, les parties ne sont pas tenues de communiquer des renseignements lorsque cette communication est interdite par la loi ou lorsqu'elle porte atteinte à des intérêts nationaux importants. Dans les traités d'entente juridique, au contraire, une partie peut demander l'aide de l'autre partie pour recueillir des éléments de preuve qui se trouvent dans un autre État au moyen de prises de déposition, d'entrevues, de perquisitions et de demandes de communication de documents : les traités d'entente juridique établissent donc un processus officiel pour la cueillette obligatoire d'éléments de preuve⁴⁵. Le Canada est aujourd'hui partie à des accords de coopération exhaustifs avec les États-Unis, l'Union européenne, le Mexique, et des négociations sont en cours pour conclure un accord de même nature avec le Japon. Il a également conclu des accords de coopération inter-organismes avec l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Chili

⁴⁴ Voir la liste des accords dans : UNCTAD, « Experiences gained so far with international cooperation on competition policy issues and the mechanisms used », Mai 1998, 7 pages; doc. TD/B/COM.2/CLP/3.

⁴⁵ Pour une explication détaillée de chacun des accords, on pourra consulter : M. Sullivan, J. Filion, « Principes essentiels de la lutte contre les grands cartels internationaux au Canada », Document préparé pour le programme de formation juridique permanente d'Osgoode Hall : *Le régime de concurrence du Canada : pour une vision stratégique – guide pratique pour les entreprises*, Osgoode Hall Law School, Université York, janvier 2004, 16 pages; en ligne : Gouvernement du Canada <[http://bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwapj/ct02790f.pdf/\\$FILE/ct02790f.pdf](http://bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwapj/ct02790f.pdf/$FILE/ct02790f.pdf)> (26 janvier 2004). Le plus connu des accords bilatéraux est l'Accord du 23 septembre 1991 entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence (ainsi que l'échange de lettres interprétatives des 31 mai et 31 juillet 1995 concernant ce même accord), complété par l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en oeuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence (Journal officiel n° L 173 du 18/06/1998 p. 0026 – 0027).

et, récemment, le Royaume-Uni⁴⁶. La coopération formelle en matière de concurrence entre le Canada et les États-Unis (le premier partenaire commercial du Canada) remonte au « Protocole de 1984 ». Ce protocole était essentiellement défensif dans la mesure où il s'adressait aux cas où l'application de la politique de la concurrence avait des effets négatifs sur l'autre pays. Un accord de 1995 reprend l'essentiel du « Protocole de 1984 », mais en y ajoutant des dispositions qui viennent formaliser et officialiser la coopération et la coordination entre les deux pays⁴⁷. Les arrangements bilatéraux élargissent la portée des politiques de la concurrence à certaines pratiques anticoncurrentielles transfrontalières et réduisent les conflits liés à l'extraterritorialité. Cependant, lorsque les parties sont en désaccord, les problèmes de fond identifiés précédemment reviennent. L'accord entre les États-Unis et la Communauté Européenne, par exemple, a permis une coopération pacifique dans plusieurs affaires, mais il a aussi démontré l'écart entre les deux partenaires dans d'autres cas. Regardons de plus près l'affaire Boeing-Mac Donnell Douglas qui a défrayé la chronique à l'été 1997 : la *Federal Trade Commission* des États-Unis a tout de suite donné son feu vert à la fusion Boeing-Mac Donnell Douglas tandis que la Commission européenne a autorisé cette opération, mais sous certaines conditions, expliquant que l'instruction avait permis d'établir que la fusion conduirait à un renforcement de la position dominante déjà détenue par Boeing sur le marché mondial des grands avions commerciaux à réaction. Cette affaire a démontré que l'Union Européenne et les États-Unis peuvent avoir des points de vue divergents sur certaines opérations et peuvent vouloir appliquer leurs propres règles de concurrence. Il faut retenir de tout ceci que les accords bilatéraux permettent la coordination de certaines mesures

⁴⁶ Chris Martin, « Évolution récente sur le plan multilatéral : Questions de fond et de procédures . «Travaux récents en vue de renforcer la coopération et de favoriser une convergence progressive » », Notes pour une allocation, Association du Barreau canadien, Conférence annuelle d'automne sur le droit de la concurrence, Gatineau, Québec, septembre 2004.

⁴⁷ Rappelons qu'en 1959, les deux pays ont signé l'entente Fulton-Rogers qui mettait en place un régime non officiel de notification et de consultation entre les deux pays. En 1969, l'entente Basford-Mitchell a confirmé la volonté des deux pays d'honorer l'entente Fulton-Rogers et d'appliquer les recommandations sur les pratiques restrictives de l'OCDE de 1967. C'est en 1977, que les deux pays abordèrent l'impact négatif de l'application extraterritoriale des politiques de la concurrence. Une étude conjointe sur les problèmes d'extraterritorialité allait permettre de déboucher sur le Protocole d'entente de 1984 (*Mémoire d'entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique portant sur les préavis, la consultation et la coopération concernant l'application des lois antitrust nationales*).

administratives (par exemple, l'exécution simultanée des perquisitions) mais ils se révèlent peu utiles en cas de conflits importants de juridiction⁴⁸. Il existe en outre plusieurs accords régionaux qui abordent les problèmes de concurrence, le plus étendu et le plus original d'entre eux étant celui de l'Union européenne qui lui a permis d'adopter des règles et une autorité commune. L'approche nord-américaine est quant à elle beaucoup plus traditionnelle. Certes, elle permet de faire progresser la coordination, l'harmonisation et la convergence des politiques nationales, mais les pays membres continuent de compter sur leurs lois et compétences nationales pour résoudre les problèmes de concurrence sur le marché nord-américain. Or, malgré la convergence, des écarts importants subsistent entre pays et ils sont susceptibles d'engendrer des tensions lorsque des politiques de concurrence sont en jeu⁴⁹.

En bref, dans un contexte caractérisé, simultanément, par la disparition d'un ensemble de barrières réglementaires à la concurrence internationale et par un accroissement des pouvoirs financiers des FTN engendrant des problèmes importants de juridiction, la mise sur pied d'une autorité mondiale crédible en matière de concurrence pourrait être une solution envisageable afin de mieux protéger et défendre les intérêts des consommateurs. Quelle forme prendrait cette autorité ? Par quel accord serait-elle régie en fonction des

⁴⁸ Voir : M. Rioux, "Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, à la page 16. Voir aussi, pour des exemples plus précis de divergences entre pays : I.G. Bercero, S. D. Amarasingha; "Moving the Trade and Competition Debate Forward", *Journal of International Economic Law*, 2001, Vol. 4, 481-506, à la page 484. On reproche en outre à ces accords bilatéraux d'avoir été conclus uniquement entre pays développés qui en sont au même niveau d'expérience dans le domaine de la concurrence. Cela exclut les pays moins développés du cadre de ces accords, bien que ces derniers soient tout aussi, si ce n'est plus, concernés par les pratiques anticoncurrentielles ayant lieu sur l'économie de marché global : E. Fox, « International Antitrust and the Doha Dome », *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol. 43, 2003, à la page 917.

⁴⁹ M. Rioux, *ibid.* Le processus d'intégration en Europe s'avère instructif puisqu'il a permis de dépasser la distinction « national/international » : le recours aux mesures compensatoires, en cas de commerce déloyal, n'a plus sa place, et l'impact des particularismes nationaux, en matière de concurrence, est considérablement réduit. Le principe de base qui enclenche l'application du droit communautaire, est le principe de subsidiarité. Ce principe garantit que les institutions supranationales entrent en jeu lorsque les compétences nationales ne peuvent efficacement résoudre les problèmes visés. Il permet donc de faire un partage de compétences qui distingue les questions relevant strictement des compétences nationales de celles qui ont une dimension communautaire et qui relèvent de la Commission.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

négociations actuelles ? Ce sont à ces questions que nous allons répondre dans la section suivante.

Recommandation 1 : Dans un contexte de globalisation intense des marchés, caractérisé par un accroissement de la concurrence internationale et la transnationalisation des pratiques corporatives, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles ne peut plus reposer uniquement sur l'application de politiques nationales. La coopération internationale en matière de concurrence doit donc être renforcée mais ce renforcement doit avoir lieu dans le sens d'une considération accrue des intérêts des consommateurs. Option consommateurs ne s'oppose donc pas à l'adoption éventuelle d'un cadre multilatéral sur la concurrence à la condition que le consommateur Canadien puisse en tirer de plus grands bénéfices qu'à l'heure actuelle.

1.2 LES DISPOSITIONS PRINCIPALES CONTENUES DANS LE PROJET D'ACCORD MULTILATÉRAL SUR LA CONCURRENCE AU SEIN DE L'OMC

Lors de la rencontre ministérielle de l'OMC à Doha, en novembre 2001, les États membres sont parvenus à un compromis entre les délégations de l'OMC souhaitant un lancement immédiat des négociations sur l'interaction du commerce et de la concurrence, et celles, encore hésitantes, souhaitant plutôt que les discussions continuent sur un mode informel⁵⁰. Ainsi, les membres ont convenu que « des négociations auront lieu après la Cinquième Conférence ministérielle [soit à Cancun, en septembre 2003] sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, lors de cette session, sur les modalités des négociations⁵¹ ». Le paragraphe 23 de la Déclaration de Doha reconnaît qu'un cadre multilatéral pourrait améliorer la contribution à une politique de concurrence pour le commerce international et le développement, alors que le paragraphe 25 fournit le mandat du groupe de travail sur cette question :

⁵⁰ R.D Anderson, P. Holmes; "Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System" *Journal of International Economic Law*, vol. 5, no. 2, 2002, 531-563, à la page 531.

⁵¹ *Déclaration ministérielle*, adoptée le 14 novembre 2001, paragraphe 24. Doc. OMC WT/MIN(01)/DEC/1

Jusqu'à la cinquième session, la suite des travaux du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence sera centrée sur la **clarification de ce qui suit: principes fondamentaux**, y compris transparence, non-discrimination et équité au plan de la procédure, et **dispositions relatives aux ententes injustifiables; modalités d'une coopération volontaire**; et **soutien en faveur du renforcement progressif des institutions chargées de la concurrence dans les pays en développement** au moyen du renforcement des capacités (nos caractères gras)⁵².

Un accord multilatéral sur la politique de concurrence, tel qu'il se présente actuellement, posséderait donc quatre éléments essentiels : 1) un engagement à respecter les principes fondamentaux dans l'application du droit ou de la politique de concurrence⁵³; 2) un engagement envers la lutte contre les ententes injustifiables (cartels); 3) le développement de modalités relatives à la coopération entre États membres dans les enjeux liés à la politique de concurrence; enfin, 4) un engagement à soutenir de façon permanente l'introduction/le renforcement des institutions de concurrence dans les pays en voie de développement⁵⁴. Les trois premiers éléments sont présentés et analysés ci-dessous, avec un éclairage sur la position du Canada dans ces différents dossiers (les principes essentiels, section 1.2.2; la lutte contre les ententes injustifiables et la coopération volontaire, section 1.2.3). Mais avant de procéder à ces explications, il importe de bien comprendre le contenu et l'étendue du projet d'accord multilatéral sur la politique de concurrence au sein de l'OMC (section 1.2.1).

⁵² *Ibid*, paragraphe 25

⁵³ Certains membres de l'OMC ont aussi préconisé qu'on introduise dans un éventuel cadre multilatéral, en tant que principe fondamental, le principe du traitement spécial et différencié. Cette proposition paraît motivée par deux préoccupations: premièrement, les pays en développement estiment être dans une situation différente de celle des autres Membres de l'OMC et n'avoir peut-être pas les moyens d'assumer le coût qu'entraînerait le cadre multilatéral proposé; deuxièmement, l'adoption de principes fondamentaux ne devrait en rien entraver le développement économique des pays pauvres. À ce jour, il n'y a pas encore d'opinion commune largement acceptée en ce qui concerne la façon dont le principe du traitement spécial et différencié pourrait modifier l'application des autres principes fondamentaux du cadre multilatéral sur la politique de la concurrence. Voir : S. J. Evenett, « OMC : Étude des questions relatives à un éventuel cadre multilatéral sur la politique de la concurrence », 19 mai 2003, para.204 et suiv.; doc. OMC WT/WGTCP/W/228.

⁵⁴ R. Anderson, F. Jenny; "Current Developments on Competition Policy in the WTO," Geneva: WTO, 2001 .

1.2.1 LE CONTENU ET L'ÉTENDUE DE L'ACCORD

Un certain nombre de questions surgissent quant au degré de contrainte qu'imposerait pour les États l'adoption d'un accord sur la concurrence. De là les débats portant sur une approche minimale ou maximale, ainsi que sur l'application du règlement des différends ou la mise en place d'un examen par les pairs dans les cas de soumission du droit de la concurrence.

1.2.1.1 L'approche minimale : l'adoption de certains principes directeurs et une disposition sur l'interdiction des ententes injustifiables (cartels internationaux)

Il y a 10 ans, un groupe d'experts en droit (le Groupe de Munich) a présenté le projet d'un code mondial de la concurrence, le *Draft International Antitrust Code* (DIAC) qui, dans la littérature, est aussi appelé « Munich Code ». Il s'agissait de la proposition la plus ambitieuse dans ce domaine puisque cet accord, modelé pour figurer en tant qu'accord commercial plurilatéral dans le système de l'OMC, contenait des règles spécifiques sur les ententes anticoncurrentielles horizontales et verticales, sur les abus de position dominante ainsi que sur le contrôle des concentrations si ces dernières ont un effet transfrontalier. Qui plus est, les États membres étaient obligés de conformer leur législation nationale aux règles du DIAC et devaient prévoir, par conséquent, des sanctions effectives en cas de violation⁵⁵. De son côté, Sherer proposait en 1994 la création d'un *International Competition Policy Office* (ICPO) dans le cadre des travaux

⁵⁵ Voir: W. Fickentscher et al (eds), *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995. Voir aussi: . Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, à la page 307. Voir en outre: A. D. Mitchell, "Broadening the Vision of Trade Liberalization - International Competition Law and the WTO", *World Competition.*, Vol. 24, 2001, 356 et suiv. La mise en oeuvre de cet accord serait garantie par une autorité antitrust internationale instaurée au sein de l'OMC et responsable de faire appliquer des règles communes et harmonisées de concert avec les autorités nationales Cette autorité surveille les activités des autorités nationales et peut, le cas échéant, porter plainte devant les tribunaux nationaux- soit contre les autorités nationales pour les contraindre à prendre des mesures appropriées, soit directement contre les entreprises qui sont soupçonnées d'avoir commis une infraction. De son côté les activités de l'autorité antitrust internationale seraient contrôlées par un groupe spécial (panel) , l'International Antitrust Panel qui correspond aux panels prévus par le règlement des différends de l'OMC, mais avec des spécialistes en matière de politique de concurrence.

de l'OMC qui obligerait progressivement les nations membres à prendre des mesures en matière d'élimination des exemptions des cartels commerciaux, d'abus de position dominante sur les marchés internationaux et de procédures d'approbation des fusions⁵⁶.

Mais la résistance des États face à l'érosion de leur souveraineté constitue, aujourd'hui, l'obstacle principal à l'élaboration d'un tel code : les États du Nord ainsi que du Sud sont en effet réticents à céder des compétences à une organisation internationale en matière de concurrence. Ainsi, comme les États-Unis, le Canada, par exemple, n'est pas favorable à l'élaboration de règles supranationales, et encore moins à la création d'une autorité internationale qui viendrait se substituer aux autorités nationales. Dans la perspective canadienne, cette idée n'est d'ailleurs envisageable qu'à très long terme (voir ci-dessous). Par conséquent, le meilleur résumé des points sur lesquels les États sont prêts à procéder se trouve dans la *Déclaration ministérielle de Doha* (2001) : un accord se limitant à obliger les États à adopter des politiques de la concurrence respectant certains principes communs (transparence, traitement national, non-discrimination) ainsi que des approches de base communes en ce qui a trait au contrôle des pratiques restrictives, et à encourager la coopération et la mise en place de certains mécanismes de règlements des différends. Il ne s'agirait donc pas, pour l'instant, de remettre en cause l'idée que les dispositions de l'OMC s'adressent avant tout aux pratiques des États et que le contrôle des pratiques restrictives des FTN relève des compétences nationales. En effet, comme le souligne le rapport du Secrétariat de l'OMC de 2002, l'objectif pour les pays n'est pas d'« harmoniser » les différents droits nationaux de la concurrence, mais plutôt d'adhérer à certains principes directeurs propres à une politique de concurrence dans un contexte de multilatéralisme⁵⁷.

⁵⁶ F. M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World*, Washington D. C.: The Brookings Institute, 1994.

⁵⁷ OMC, Secrétariat, « Rapport (2002) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 9 décembre 2002, paragraphe 14 ; doc. OMC WT/WGTCP/6. Voir aussi : A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, à la page 308.

L'incertitude répandue quant à l'obligation d'un code mondial de la concurrence concerne aussi le caractère contraignant d'un tel accord : les États se sont entendus pour dire qu'ils ne seront obligés qu'à une mise en œuvre *de jure* et non *de facto* des obligations, ce qui signifie qu'ils seraient simplement obligés d'adopter une législation conforme aux principes adoptés. Cela signifie que le non-respect par les États de leurs engagements dans la pratique (par exemple, un acte ou une omission) ne constituerait pas une violation de l'accord (voir plus précisément le point 1.2.2.2 ci-dessous sur la non-discrimination)⁵⁸.

1.2.1.2 Accord plurilatéral ou multilatéral ?

Dans la terminologie de l'OMC, les accords commerciaux multilatéraux sont ceux qui sont contraignants pour *tous* les membres de l'organisation, tandis que ceux dits plurilatéraux ne sont contraignants *que* pour les membres qui les ont acceptés⁵⁹. Choisir entre le caractère multilatéral ou plurilatéral d'un accord, c'est par conséquent décider de son étendue.

La dernière proposition en date est de ne pas se contenter d'un accord multilatéral à contenu modeste, mais plutôt d'y ajouter un deuxième accord, cette fois plurilatéral, qui serait plus ambitieux et qui pourrait contenir, notamment, des règles sur le contrôle des concentrations, la coopération des autorités nationales, l'examen par les pairs et le règlement des différends⁶⁰. Ainsi, pour résumer, l'approche minimale serait adoptée par le biais d'un accord multilatéral par tous les membres de l'OMC, et l'approche maximale serait retenue pour un accord plurilatéral par un cercle restreint d'États. Pour certains

⁵⁸ OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003 ; doc. OMC WT/WGTCP/71. Cette démarche apparaît fort critiquable aux yeux de certains auteurs car elle n'est compatible avec ni l'OMC ni avec les principes généraux du droit. Voir : A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, à la page 312.

⁵⁹ Art. II al. 2 et 3 de l' *Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, 1994.

⁶⁰ OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003, page 24 ; doc. OMC WT/WGTCP/71.

analystes, cette solution est irréaliste pour deux raisons. Premièrement, l'accord de base (celui multilatéral) risquerait de perdre tout son sens. Deuxièmement, il paraît impensable, en l'état actuel des choses, alors qu'il n'existe encore aucun consensus sur le contenu et la portée du premier accord dont il est question, d'envisager déjà un deuxième accord ⁶¹.

1.2.1.3 Soumission du droit de la concurrence : application du règlement des différends ou examen par les pairs ?

À l'heure actuelle, il n'existe pas encore de consensus en vue de déterminer si le régime ordinaire de l'OMC concernant le règlement des différends convient aussi au droit de la concurrence, mais l'opinion communément répandue est à l'effet qu'un tel règlement des différends n'est pas approprié dans le cadre de la concurrence⁶². Pourtant, selon les règles générales de l'OMC, le Mémoire d'accord sur le règlement des différends s'applique à *tous les* accords multilatéraux (tandis que son application aux accords plurilatéraux dépend d'une adoption séparée). Si un accord de l'OMC sur la concurrence était adopté en tant qu'accord multilatéral, l'applicabilité du Mémoire d'accord en serait donc, *à priori*, la conséquence logique. Il est ainsi fort difficile, pour l'instant, de concevoir clairement les conséquences pratiques d'une telle position⁶³.

Les États membres sont réticents face à un mécanisme de règlement des différends en matière de droit de la concurrence car ils appréhendent un contrôle supranational des décisions individuelles prises par les autorités nationales. Pour le Canada, par exemple, il est clair — et cela fut réitéré récemment — qu'une entente multilatérale contenant un système de règlement des différends serait susceptible « de nuire à l'indépendance des organismes nationaux en matière de prise de décision ». Le Canada considère à cet égard que l'indépendance des organismes chargés de la concurrence et des processus décisionnels liés à l'exécution de la loi est essentielle au succès et à la crédibilité de ces

⁶¹ A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, à la page 311.

⁶² *Ibid*

⁶³ *Ibid.*

organismes, « qui peuvent ainsi établir des règles du jeu équitables pour tous sur les marchés⁶⁴ ». On ne peut qu'appuyer la position du Canada concernant l'importance de maintenir des organismes nationaux indépendants. Il importe en revanche de reconnaître ceci : *premièrement*, pour qu'un accord multilatéral fonctionne convenablement, il doit être pourvu d'un mécanisme de recours en cas de violation des règles de base; *deuxièmement*, la portée du règlement des différends en matière de concurrence dépendrait de l'étendue des engagements pris. En d'autres mots, les groupes spéciaux pourraient tout à fait s'éloigner de leur fonction traditionnelle de contrôle des décisions individuelles des autorités nationales de la concurrence pour se diriger vers de nouvelles fonctions applicables spécifiquement dans ce domaine (voir plus loin la section 2.2. relativement à cette question). Le recours au règlement des différends n'est donc pas automatiquement synonyme d'une perte d'indépendance des organismes nationaux : plus les mécanismes de contrôle sont adaptés en la matière, plus le risque que cela se produise diminue.

D'autres dispositifs de surveillance sont évoqués à l'heure actuelle : consultations entre États, arbitrage, médiation, etc. L'instrument le plus largement préconisé est l'examen par les pairs (peer review)⁶⁵. L'expression "examen par les pairs" n'a jamais fait l'objet d'une définition rigoureuse. Au fil des ans, elle a toutefois acquis une signification particulière au sein des organisations internationales. Un examen par les pairs peut être considéré comme l'examen et l'évaluation systématiques de la

⁶⁴ Le Bureau de la concurrence s'est d'ailleurs farouchement opposé à cette idée lors des négociations relatives à la Zone de libre échange des Amériques, et a réitéré sa position lors de discussions à l'OCDE et à l'OMC: Chris Martin, « Évolution récente sur le plan multilatéral : Questions de fond et de procédures : « Travaux récents en vue de renforcer la coopération et de favoriser une convergence progressive », Notes pour une allocution, Association du Barreau canadien, Conférence annuelle d'automne sur le droit de la concurrence, Gatineau, Québec, septembre 2004, à la page 4. Le Canada est cependant plus favorable que les États-Unis à ce que l'OMC joue un rôle important en matière de concurrence : K. von Finckenstein, « Questions fondamentales en matière de concurrence internationale au Canada », Allocution du Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la concurrence au Comité consultatif international en matière de politique de concurrence, 2 novembre 1998, Washington. Voir enfin : Bureau de la concurrence, « Options en vue de l'internationalisation de la politique de la concurrence : Définir les intérêts du Canada », 1999.

⁶⁵ Voir: OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003 ; doc. OMC WT/WGTCP/71.

performance d'un État par d'autres États, l'objectif ultime étant d'aider l'État examiné à améliorer ses politiques, à adopter des pratiques optimales et à se conformer à des normes et principes établis. Dans ce contexte, l'État examiné est libre de modifier ses pratiques suite aux commentaires de ses pairs, ou alors, de les ignorer tout simplement. Il n'existe donc aucun mécanisme juridiquement contraignant pour les États dans l'examen par les pairs : seule la confiance mutuelle des États qui y participent est en jeu. Un examen par les pairs existe déjà à l'OCDE. Un processus d'examens mutuels a également été mis en place à l'OMC dans le cadre du Mécanisme d'examen des politiques commerciales. L'objectif de ce dernier est de permettre un suivi des politiques et pratiques des États membres en matière d'échanges⁶⁶.

1.2.2 TRANSPARENCE, NON-DISCRIMINATION ET ÉQUITÉ DES PROCÉDURES : TROIS PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'OMC REPRODUITS DANS LE PROJET D'ACCORD MULTILATÉRAL SUR LA CONCURRENCE

S'agissant de la pertinence générale des principes fondamentaux de l'OMC énumérés au paragraphe 25 de la *Déclaration ministérielle de Doha*, à savoir la transparence, la non-discrimination et l'équité au plan de la procédure, il a été dit que ces principes étaient

⁶⁶ Voir : F. Pagani , « L'examen par les pairs : un instrument de coopération et de changement », OCDE, Secrétariat Général, Direction des affaires juridiques, 2002 ; doc. OCDE SG/LEG(2002)1 (non classifié). Notons aussi que trois grandes visions se sont fait jour quant au rôle fondamental de l'examen par des pairs en matière de politique de la concurrence dans le cadre de l'OMC. Premièrement, il a été dit que l'examen par des pairs pouvait compléter de manière appropriée, mais non remplacer l'application du mécanisme de règlement des différends et que peut-être on ne pouvait pas dire que c'était essentiellement un mécanisme de mise en conformité. Deuxièmement, on a dit que les avantages du règlement des différends dans un cadre multilatéral sur la politique de la concurrence n'étaient pas clairs et que l'examen par des pairs constituait dans ce domaine un mécanisme de mise en conformité plus approprié. Troisièmement, l'avis a été exprimé que la mise en œuvre d'un système d'examen par des pairs constituait en soi le meilleur moyen de faire avancer les travaux de l'OMC dans ce domaine, sans présumer de l'existence d'un ensemble connexe quelconque d'obligations ou d'engagements (OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003, à la page 30 ; doc. OMC WT/WGTCP/71.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

« indispensables à la crédibilité et à l'efficacité d'une politique de la concurrence⁶⁷ ». Le principe de la transparence implique que les États doivent notifier aux autres États les formes des actions qu'ils prennent en matière de politique commerciale internationale (1.2.2.1). La non-discrimination fait en sorte que toutes les entreprises jouissent du même traitement. Ainsi, l'usage du droit de la concurrence pour favoriser ses propres entreprises sera expressément interdit (1.2.2.2). Au moyen du principe de l'équité procédurale, les entreprises auront un droit de recours contre les décisions administratives (1.2.2.3).

1.2.2.1 La transparence

Dans son Rapport annuel 2002, le Groupe de travail décrit les éléments que pourrait comporter une disposition sur la transparence dans les termes suivants:

S'agissant de politique de la concurrence, un engagement de transparence s'appliquerait aux lois, règlements et directives d'application générale. Les Membres de l'OMC seraient tenus de les publier de manière complète en temps opportun. Cela pourrait se faire sous forme imprimée dans un journal officiel ou une publication analogue ou éventuellement sur un site Web accessible au public (...). Un autre aspect de la transparence serait l'obligation pour les Membres de l'OMC de notifier à l'OMC leurs lois, règlements et directives ainsi que leurs exclusions et exemptions sectorielles⁶⁸.

Le principe de la transparence revêt donc deux aspects distincts : une obligation de publication et une obligation de notification des différentes formes d'action gouvernementale à l'OMC et à ses membres. S'agissant d'aspects spécifiques de l'application éventuelle des principes fondamentaux de l'OMC proposés dans ce domaine, il a été avancé que la manière dont chaque pays assurait la transparence et la régularité de la procédure dans ses enquêtes et décisions était fonction de son contexte juridique, économique, institutionnel et social. Le cadre multilatéral proposé ne chercherait donc pas *a priori* à réglementer la manière dont les principes seraient appliqués, mais se

⁶⁷ OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, « Rapport sur la réunion des 26 et 27 mai 2003 », paragraphe 7 ; doc. OMC WT/WGTCP/M/22.

⁶⁸ OMC, Secrétariat, « Rapport (2002) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2002, à la page 6 ; doc. OMC WT/WGTCP/6.

limiterait à faire en sorte que soient respectés ces quelques éléments de base⁶⁹. En outre, malgré les réticences de certains pays face à l'application du principe de transparence (pays en voie de développement et États-Unis en tête), le Secrétariat de l'OMC a rappelé à plusieurs reprises que « la transparence était une valeur fondamentale du système commercial multilatéral, qui valorisait le commerce, l'investissement et la bonne gouvernance » et qu'il existait par conséquent « des moyens de ramener à des proportions acceptables les obligations en matière de transparence »⁷⁰. Le Canada, fervent défenseur du principe de transparence dans la mise en œuvre d'un tel accord, s'inscrit donc en parfait accord avec la position du Secrétariat de l'OMC sur ce point⁷¹.

1.2.2.2 *La non-discrimination*

La non-discrimination est un principe complexe qui appelle à certaines clarifications préalables. Tout d'abord, il importe de faire la différence entre une discrimination inscrite dans le droit (par exemple, lorsque la loi interdit purement et simplement aux entreprises étrangères d'acheter des entreprises nationales dans certains secteurs) et celle inscrite dans les faits (par exemple, lorsque les procédures de contrôle des fusions sont mises en œuvre

⁶⁹ Voir: OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003, à la page 8, note 19; doc. OMC WT/WGTCP/71.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ En fait, l'Australie, la Suisse, la Communauté européenne et le Canada soutiennent fermement l'inclusion du principe de transparence dans un accord multilatéral sur la concurrence, mais ils reconnaissent qu'il est nécessaire de faire preuve de flexibilité dans l'application de ce principe pour ce qui relève des pays en voie de développement: « Communication du Canada », Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, 2003; doc. OMC WT/WGTCP/W/22. Voir en outre: J.L. Clarke, S.J. Evenett, "A Multilateral Framework for Competition Policy?", in: State Secretariat of Economic Affairs and Evenett, S.J. (Ed.), *The Singapore Issues and The World Trading System: The Road to Cancun and Beyond*, 2003, à la page 29. Voir aussi: S.J. Evenett, "Comment on "Globalisation and Dirty Industries: Do Pollution Havens Matter?", in Baldwin, R.E. and Winters, L.A. (Ed.), *Challenges to Globalization*, University of Chicago Press for the National Bureau of Economic Research, 2003.

de telle façon que les opérations entre entreprises nationales sont traitées différemment de celles dans lesquelles il y a un partenaire étranger). En d'autres mots, une discrimination *de jure* (inscrite dans le droit) est une disposition législative qui établit une distinction expresse entre les firmes nationales et celles étrangères, à la faveur de la firme nationale. Une distinction *de facto* (inscrite dans les faits) existe lorsque des lois ou des politiques de mise en œuvre d'une loi, d'apparence neutre, engendrent dans leur application de la discrimination à l'égard d'une firme étrangère. Le cadre multilatéral proposé ne concerne que les cas de discrimination *de jure* par opposition aux cas de discrimination *de facto*⁷². Cependant, on peut dire de ce qui précède que la distinction *de jure* / *de facto* est loin d'être simple, notamment dans un pays avec une tradition de *Common law* (tel le Canada) où le droit est composé à la fois de lois de portée générale et de décisions judiciaires les interprétant. Il existe en outre une autre sorte de discrimination qui possède à la fois des caractéristiques *de facto* et *de jure* : une loi (ou un règlement), d'apparence neutre, pourrait être écrite d'une manière à affecter les entreprises domestiques et étrangères différemment une fois mise en œuvre (par exemple, les lois favorisant les petites et moyennes entreprises qui sont, de par leur nature, des firmes nationales et non étrangères)⁷³. Le secrétariat a expliqué qu'il était encore difficile, voire impossible, de donner des réponses définitives à ces questions avant que n'aient débuté les négociations. Il a spécifié tout de même que l'examen étant limité aux discriminations *de jure*, cela signifiant qu'il s'agissait de « regarder la lettre de la loi et non la manière dont elle est appliquée », ce qui montre que le problème est loin d'être résolu⁷⁴. Ensuite, en droit du commerce international, le principe de non-discrimination a deux facettes : la clause de la nation la plus favorisée (NPF) et le traitement national, ces deux règles ayant pour objet de garantir des conditions commerciales loyales. La clause NPF institue l'égalité de

⁷² Pour de plus amples précisions, voir: Voir: OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003, à la page 8; doc. OMC WT/WGTCP/71.

⁷³ OECD, "Issues for Trade and Competition in the Global Context" , *OECD Journal of Competition Law and Policy*, janvier 2004, vol. 5, no. 3, 8-58, à la page 10.

⁷⁴ OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, « Rapport sur la réunion des 20 et 21 février 2003 », para. 31 ; doc. OMC WT/WGTCP/M/21

traitement pour les autres pays : aux termes des accords de l'OMC, les pays ne peuvent pas, en principe, établir de discrimination entre leurs partenaires commerciaux. Ainsi, si un pays accorde à quelqu'un une faveur spéciale (en abaissant, par exemple, le droit de douane perçu sur un de ses produits), il doit le faire pour tous les autres membres de l'OMC⁷⁵. Le traitement national signifie l'égalité de traitement pour les étrangers et les nationaux ; en d'autres termes, une fois qu'un produit, un service ou un élément de propriété intellectuelle a été admis sur le marché, il doit être traité de manière égale à un produit de fabrication locale⁷⁶. Pour résumer, dans le cadre des politiques de concurrence :

Dans le cas des Membres dont la loi sur la concurrence contient des dispositions discriminatoires, la mise en œuvre des propositions actuelles relatives à la non-discrimination exigerait l'abrogation des articles concernés et, éventuellement, leur remplacement par d'autres articles⁷⁷.

L'énoncé de ces règles relatives à la non-discrimination, bien que reconnues comme essentielles, engendre un certain nombre de problèmes soulevés par les États membres à travers les diverses communications⁷⁸. Le problème le plus fréquemment mentionné (y compris par le Canada) est celui de l'inscription des dispositions relatives à la non-discrimination dans les accords existants ou futurs de coopération antitrust (règles en matière d'ententes), le risque étant de dissuader les pays de passer de tels accords. Un autre problème résulte dans le fait que de nombreux pays souhaitent « préserver le pouvoir discrétionnaire des autorités chargées de la concurrence et faire en sorte que leurs

⁷⁵ Pour de plus amples précisions, consulter : M.E. Janow, "A need for new multilateral initiatives? Competition policy in the global trading system", in C.A. Jones and M. Matsushita (eds), *The Hague: Kluwer Law International*, 2002, 387-395.

⁷⁶ *Ibid.* Ce principe du "traitement national" (accorder à d'autres le même traitement que celui qui est appliqué à ses propres nationaux) figure aussi dans tous les trois principaux Accords de l'OMC (article 3 du GATT, article 17 de l'AGCS et article 3 de l'Accord sur les ADPIC), même si, là encore, il est énoncé en des termes légèrement différents d'un accord à l'autre

⁷⁷ S. J. Evenett, « OMC : Étude des questions relatives à un éventuel cadre multilatéral sur la politique de la concurrence », 19 mai 2003, para.197; doc. OMC WT/WGTCP/W/228.

⁷⁸ Pour un résumé des problèmes soulevés, on pourra consulter : J.L. Clarke, S.J. Evenett, "A Multilateral Framework for Competition Policy?", in: State Secretariat of Economic Affairs and Evenett, S.J. (Ed.), *The Singapore Issues and The World Trading System: The Road to Cancun and Beyond*, 2003, à la page 31.

décisions ne soient pas assujetties au contrôle de groupes spéciaux chargés du règlement de différends» (Communication du Canada)⁷⁹. Sur ce point, le Secrétariat de l'OMC s'est voulu rassurant en précisant que si l'examen était limité aux violations *de jure* du principe de la non-discrimination ou des autres principes proposés, il ne serait pas nécessaire de se pencher sur des cas individuels parce que l'objet de l'examen par un groupe spécial serait de regarder le contenu de la loi, et non la manière dont elle est appliquée⁸⁰. Mais cela ne résout en rien le risque de confusion possible entre la discrimination *de jure* et celle *de facto*.

Recommandation 2 : Option consommateurs recommande que le principe de non-discrimination — considéré comme un principe essentiel dans le projet d'accord multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC — soit clarifié, notamment pour ce qui relève de la distinction entre discrimination *de jure* et *de facto*.

1.2.2.3 L'équité au plan de la procédure

S'agissant du principe de l'équité au plan de la procédure, il a été dit, à maintes reprises, que les dispositions de base concernant ce principe dans un cadre multilatéral sur la politique de la concurrence étaient importantes, notamment afin de donner aux parties touchées par des enquêtes en matière de concurrence l'assurance que la procédure adéquate avait été suivie, de manière à protéger leurs droits et intérêts. Les garanties peuvent varier dans la forme et dans le contenu, puisqu'elles reflètent les outils du système juridique et les traditions qui ont engendré le régime de la concurrence. Dans son Rapport annuel 2002, le Groupe de travail a cependant décrit quatre grandes catégories de

⁷⁹ « Communication du Canada », Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, 2003, à la page 3; doc. OMC WT/WGTCP/W/22.

⁸⁰ Voir: OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003, à la page 11; doc. OMC WT/WGTCP/71. Le principe du traitement national a aussi été identifié comme donnant aux grandes sociétés transnationales un accès illimité aux marchés nationaux des pays en développement. De ce fait, une application uniforme de ce principe dans le domaine de la concurrence se ferait au détriment des entreprises de ces pays qui ne seraient pas en mesure de produire et de vendre de manière concurrentielle sur le marché national, et qui seraient au bout du compte éjectées de ce marché.

garanties pour les entreprises faisant l'objet d'une procédure en matière de concurrence :

- 1) l'accès au système (il s'agit du droit pour les entreprises d'être informées qu'une enquête officielle a été ouverte à leur égard par l'autorité compétente et de savoir ce que cette dernière leur reproche);
- 2) le droit de défense des entreprises concernées (elles doivent avoir l'occasion et le temps de faire connaître leur position aux autorités par écrit ou de se faire entendre dans une procédure orale, avec preuves ou pièces à l'appui);
- 3) le droit des entreprises de soumettre les décisions les affectant à l'examen d'un organe judiciaire indépendant;
- enfin, 4) une garantie de protection des renseignements confidentiels, y compris les secrets d'entreprise⁸¹.

Les pays soutiennent, dans une large mesure, les dispositions relatives à l'équité de la procédure. Ainsi le Canada écrit, en réponse aux propos fort enthousiastes de l'Australie et de la Communauté européenne :

Nous nous associons aux vues des autres délégations qui estiment que la notification des chefs d'accusation, une procédure administrative juste et équitable et l'existence d'un mécanisme de recours pourraient offrir les poids et contrepoids voulus pour faire droit aux requêtes des différentes parties. Nous reconnaissons bien sûr que les Membres différeront dans la mise en œuvre de ces différents éléments en fonction de leurs traditions juridiques respectives⁸².

1.2.3 LES ENGAGEMENTS VISANT LA SUPPRESSION DES ENTENTES INJUSTIFIABLES (CARTELS) ET LES MODALITÉS DE LA COOPÉRATION VOLONTAIRE

On entend par « entente injustifiable » un accord 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 répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité. Les quatre activités

⁸¹ OMC, Secrétariat, « Rapport (2002) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2002, à la page 13 ; doc. OMC WT/WGTCP/6.

⁸² « Communication du Canada », Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, 2003, para. 16 ; doc. OMC WT/WGTCP/W/226.

condamnées semblent donc être les pratiques anticoncurrentielles existant lors de la formation de cartels (cartels à l'importation et cartels internationaux)⁸³. Les ententes injustifiables sont considérées au sein de l'OMC et de l'OCDE comme la « violation la plus flagrante et la plus dommageable du droit de la concurrence⁸⁴ ». Ces « ententes injustifiables » portent préjudice aux consommateurs en augmentant les prix et en réduisant l'offre. En outre, elles ont pour effet de limiter l'incitation pour les entreprises participantes à contrôler leurs coûts et leur goût d'innover, et peuvent également empêcher les transferts de technologie en faveur des pays en développement⁸⁵. Il est donc nécessaire d'éliminer ces ententes car elles ne sont associées à aucun bénéfice social ou économique justifiant les dommages qu'elles causent⁸⁶.

La lutte contre les ententes injustifiables au niveau international se résume dans l'accord en deux sortes d'actions :

- 1) L'adoption et l'application vigoureuse des lois sur la concurrence qui doivent être bien conçues : les pays Membres doivent adopter des dispositions claires contre

⁸³ Voir : « Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables », adoptée par le Conseil à sa 921^{ème} session, le 25 mars 1998 [C/M(98)7/PROV]. **Les ententes ne supposent pas nécessairement des fusions, acquisitions ou autres formes de groupement d'entreprises qui peuvent entraîner ou non des résultats anticoncurrentiels.** En outre, les ententes peuvent être constituées entre sociétés qui, en principe, pourraient se disputer les mêmes clients. Par conséquent, **les ententes peuvent différer des restrictions verticales**, même s'il a été constaté que certaines ententes comportent aussi un élément d'intégration verticale. De plus, **les ententes, par définition, font intervenir plus d'une seule entreprise, et sont donc différentes des efforts que déploie une entreprise unique pour dominer un marché** (ex : abus de position dominante). Enfin, **les efforts d'entreprises qui visent à la domination collective d'un marché doivent être distingués des ententes, en ce sens que les premiers ne comportent pas d'accord formel entre les sociétés intéressées.** Voir pour les éléments de distinction: CNUCED, « Les pays en développement peuvent-ils bénéficier de négociations dans le cadre de l'OMC sur des disciplines contraignantes en matière d'ententes injustifiables? », Nations-Unies, Genève, 2003.

⁸⁴ OCDE, « Les ententes injustifiables - les préjudices causés et les sanctions effectives », Synthèse OCDE, Mai 2002, 4 pages. Voir aussi : Voir: OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003, à la page 13; doc. OMC WT/WGTCP/71.

⁸⁵ Voir : OECD, Competition Committee, "Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws", 2002, 28 pages. Voir aussi: OECD, "Hard Core Cartels : Recent progress and challenges ahead", 2003, 64 pages.

⁸⁶ OECD, "Issues for Trade and Competition in the Global Context", *OECD Journal of Competition Law and Policy*, janvier 2004, vol. 5, no. 3, 8-58, à la page 17.

les ententes injustifiables dans leurs législations nationales respectives (ou leurs instruments régionaux appropriés) et se doter d'autorités compétentes en la matière.

- 2) Une meilleure coopération internationale prenant la forme d'une capacité de partage des renseignements de base non confidentiels entre organismes nationaux chargés de la concurrence (c'est à dire, rendre public l'effet des restrictions légales qui font obstacle à une coopération efficace⁸⁷).

Si la majorité des pays sont d'accord pour dire que les ententes injustifiables doivent être supprimées, la question de savoir *comment* demeure encore floue, et ce, pour plusieurs raisons :

- Premièrement, il y a des problèmes de définition susceptibles de se poser dans le contexte d'un cadre multilatéral sur la politique de la concurrence : le fait de définir et de condamner comme ententes injustifiables la fixation horizontale des prix, les soumissions concertées, les restrictions à la production et la division (ou le partage) des marchés n'a pas d'effet juridique immédiat, parce que les pays Membres ont des définitions, interdictions et exemptions assez différentes quant à ces quatre catégories d'accords⁸⁸. La « Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les mesures efficaces contre les ententes injustifiables » ainsi que l'« Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives » de l'ONU semblent être les repères utilisés pour la définition des pratiques à interdire dans l'éventualité

⁸⁷ OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003, à la page 14; doc. OMC WT/WGTCP/71. Voir aussi : « Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables », adoptée par le Conseil à sa 921^{ème} session, le 25 mars 1998 ; doc. OCDE C/M(98)7/PROV.

⁸⁸ Pour de plus amples renseignements sur ce point, voir: OECD, «Issues for Trade and Competition in the Global Context» , *OECD Journal of Competition Law and Policy*, janvier 2004, vol. 5, no. 3, 8-58, à la page 19. Voir aussi : OMC, Secrétariat, « Rapport (2002) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2002, 24-25 ; doc. OMC WT/WGTCP/6.

d'un accord multilatéral sur la concurrence. Tout cela doit cependant encore être précisé⁸⁹.

- Deuxièmement, les opérateurs d'ententes sont prêts à aller très loin pour garder le secret sur leurs accords, ce qui montre qu'ils sont pleinement conscients de l'illégalité et du caractère dommageable de leur comportement. Il faut par conséquent que les pays soient en mesure de développer des pouvoirs d'exécution et des moyens d'enquête efficaces permettant de déceler les activités secrètes d'ententes. Or, pour l'instant, les partisans d'une disposition relative aux ententes injustifiables ne précisent pas quels moyens d'enquête les Membres de l'OMC devraient employer dans le cadre de leurs lois sur les ententes. Sur ce point, comme le suggère le Canada dans sa communication, même si les poursuites judiciaires dont pourront faire l'objet les ententes relèvent du pouvoir de chaque Membre, il devrait cependant être possible de définir des moyens d'enquête appropriés et des sanctions efficaces s'appliquant aux ententes⁹⁰.
- Finalement, il importe de prévoir des sanctions sévères afin d'éviter que les ententes injustifiables ne se reproduisent par la suite, mais pour que la sanction soit sévère, il faut que l'autorité chargée de l'application de la loi ait des preuves solides contre les membres d'une entente, donc, en d'autres termes, qu'elle possède des moyens d'enquête satisfaisants. Ceci nous amène à nouveau au problème énoncé ci-dessus (absence de consensus concernant les moyens

⁸⁹ Voir : « Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives de l'Organisation des Nations Unies », Genève: 1980. Voir en outre : « Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables », adoptée par le Conseil à sa 921^{ème} session, le 25 mars 1998 ; doc. OCDE C/M(98)7/PROV. Voir enfin : OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003, à la page 15; doc. OMC WT/WGTCP/71.

⁹⁰ «Communication du Canada», Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, 2003, para.26 ; doc. OMC WT/WGTCP/W/226. La référence à l'OCDE s'explique par le fait que le Comité de concurrence de l'OCDE a énormément travaillé sur ces questions au cours des dernières années. Voir : OECD, "Issues for Trade and Competition in the Global Context", *OECD Journal of Competition Law and Policy*, janvier 2004, vol. 5, no. 3, 8-58, à la page 20.

d'enquête qui seraient utilisés) et démontre à quel point les choix qui sont faits dans la conception et l'application d'une loi sur les ententes ont des répercussions sur les ressources qu'exige cette application⁹¹. En outre, bien que la tendance soit actuellement à durcir les sanctions infligées dans les affaires d'entente, les données révélées par l'OCDE lors d'une enquête sur les sanctions utilisées par les pays à l'encontre des ententes injustifiables indiquent que les sanctions actuelles ne sont pas suffisamment fortes pour dissuader effectivement le recours à de telles pratiques⁹². Les questions relatives au degré et à l'étendue des sanctions contre les membres des ententes injustifiables doivent donc sérieusement être abordées dans les négociations entourant la mise sur pied d'un accord multilatéral sur la concurrence car, même si les poursuites judiciaires relèvent du pouvoir judiciaire de chaque membre, il y a place à une nette amélioration.

Recommandation 3 : Même si les poursuites judiciaires à l'encontre des « ententes injustifiables » (cartels) relèvent du pouvoir de chaque Membre, l'Option consommateurs recommande que l'accord multilatéral sur la concurrence fixe des caractéristiques « plancher » dans ce domaine (enquêtes et sanctions) tout en permettant aux États signataires de moduler leurs exigences nationales à la hausse.

La plupart des pays membres de l'OMC — tout en concédant les problèmes dont il vient d'être fait mention — ont toutefois souligné l'importance de la coopération volontaire pour lutter au niveau international contre ces ententes injustifiables. La coopération est volontaire en ce sens que les États membres ne peuvent être forcés à coopérer dans des circonstances où ils ne peuvent pas ou ne veulent pas le faire en raison de contraintes de ressources ou pour d'autres motifs. La coopération volontaire dépend

⁹¹ S. J. Evenett, « OMC : Étude des questions relatives à un éventuel cadre multilatéral sur la politique de la concurrence », 19 mai 2003, para.22 et suiv.; doc. OMC WT/WGTCP/W/228.

⁹² Voir : OCDE, Comité de la concurrence, « Rapport sur la nature et l'impact des ententes injustifiables et sanctions prévues contre les ententes par les législations nationales de la concurrence », Direction des affaires financières, fiscale et des entreprises, 2002 ; doc. OCDE DAF/COMP(2002)7. Voir aussi : OCDE, *Ententes injustifiables*, Paris, 2000, 66 pages.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

donc largement de l'esprit de coopération qui existe entre les autorités nationales concernées; elle ne se limite qu'à établir une règle de conduite essentiellement fondée sur le respect mutuel de la souveraineté et des intérêts nationaux entre les États⁹³. Les quatre "outils" de coopération volontaire devant être incorporés dans un cadre multilatéral sont les suivants:

Un premier outil essentiel était la **notification**, par laquelle un pays informait un autre de certains cas affectant des intérêts majeurs de ce dernier. Un deuxième outil était **l'échange de renseignements** autres que les notifications pour faciliter les activités d'application de la loi de part et d'autre. Un troisième outil était la **fourniture d'une assistance mutuelle dans le processus d'application de la loi**. Enfin, l'accord proposé prévoyait: i) **la courtoisie traditionnelle ou négative**, c'est-à-dire qu'un pays prendrait en considération les intérêts majeurs des autres pays affectés lorsqu'il prendrait une décision sur un cas; et ii) **la courtoisie positive** consistant pour un pays à prendre des mesures d'application à la demande d'un autre pays souffrant de pratiques anticoncurrentielles ayant leur origine sur le territoire du pays sollicité. On trouvait déjà tous ces instruments dans les accords bilatéraux auxquels adhéraient certains Membres; malheureusement, cependant, les pays en développement étaient pour la plupart exclus du bénéfice de ces accords⁹⁴.

Ce passage appelle à quelques précisions. La coopération internationale repose actuellement sur l'application du principe de courtoisie dans le cadre de mesures volontaires de la part des États qui appliquent les recommandations de l'OCDE, ou dans le cadre des dispositions comprises dans les accords bilatéraux ou régionaux. Le « principe de courtoisie » vise principalement à limiter les effets extraterritoriaux de

⁹³ M. Rioux, « Vers un droit mondial de la concurrence? », *Continentalisation*, Cahiers de recherche-CEIM (99-8); en ligne : Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) <http://www.unites.uqam.ca/gric/gric-99-8_menu.htm> (dernière consultation : 10 mars 2005). ⁹³ Comme l'a fait observer dans une communication écrite un des partisans d'un cadre multilatéral sur la politique de la concurrence, cette approche permet aux pays de tenir compte des contraintes de ressources pertinentes et est similaire à celle qui a été adoptée dans la plupart des accords de coopération bilatérale existants : CE, « Communication de la Communauté européenne et de ses États membres sur la contribution d'un accord de l'OMC sur la concurrence à la coopération internationale et à l'assistance technique pour le renforcement des capacités », 2002, à la page 9 ; doc. WT/WGTCP/W/184.

⁹⁴ OMC, Secrétariat, « Rapport (2002) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2002, à la page 29 ; doc. OMC WT/WGTCP/6. Ces dispositions s'inspirent aussi, pour une large part, des recommandations de l'OCDE : OCDE, « Recommandation révisée du conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux », 1995 ; doc. OCDE C(95)130/FINAL.

l'application des politiques de la concurrence qui pourraient être préjudiciables aux entreprises étrangères et aux partenaires commerciaux. Plus récemment, on a développé le principe de « courtoisie positive » (on dit aussi « courtoisie active ») en vertu duquel les États sont invités à coopérer dans l'application des dispositions de la politique de la concurrence, et non plus simplement à restreindre leur application. En bref, la « courtoisie positive » peut être résumée de la sorte : un pays devrait considérer attentivement et avec bienveillance la demande d'un autre pays visant à ce qu'il engage ou élargisse une procédure d'application des réglementations dans des affaires de concurrence en vue de remédier à une pratique intervenant sur son territoire et portant gravement atteinte aux intérêts d'un autre pays⁹⁵.

Si l'importance du caractère volontaire de la coopération fait la quasi-unanimité parmi les pays membres⁹⁶, ces derniers ne s'entendent pas encore tout à fait sur les modalités proposées en matière de coopération volontaire : devraient-elles comprendre un partage général de l'information et de l'expérience, des consultations, une coopération spécifique et une assistance technique (premier cas) ou, uniquement, des échanges généraux d'information et d'expérience, du moins dans un premier temps (deuxième cas)⁹⁷? Devant la complexité de la question, il a été suggéré que l'expérience des pays nordiques serve à

⁹⁵ Pour de plus amples précisions, consulter : OCDE, « Recommandation concernant la coopération entre pays Membres en matière de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux », 1986 ; doc. OCDE C(86)44(Final). Voir aussi : « Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables », adoptée par le Conseil à sa 921^{ème} session, le 25 mars 1998 ; doc. OCDE C/M(98)7/PROV Voir enfin : OMC, « Rapport annuel 1997 », volume 1, Dossier spécial: "Le commerce et la politique de la concurrence", OMC : Genève, 1997.

⁹⁶ L'approche défendue par la Thaïlande diffère de celle des autres partisans du cadre à deux titres au moins: elle paraît préconiser une coopération ne concernant que les ententes internationales injustifiables (par opposition aux autres pratiques anticoncurrentielles) ; et cette coopération serait obligatoire au moins pour certains aspects de la coopération. Voir : OMC, Secrétariat, « Principes fondamentaux, y compris transparence, non-discrimination et équité au plan de la procédure : Note d'information », 2002, para. 5; doc. WT/WGTCP/W/209. Voir en outre : S. J. Evenett, « OMC : Étude des questions relatives à un éventuel cadre multilatéral sur la politique de la concurrence », 19 mai 2003, para. 232 à 234; doc. OMC WT/WGTCP/W/228.

⁹⁷ S'agissant des types de renseignements qui seraient partagés dans un cadre multilatéral, il a été clairement préconisé qu'un cadre de l'OMC ne devrait pas exiger le partage de renseignements confidentiels, ce qui serait contre-productif et serait potentiellement préjudiciable pour les capacités existantes d'application de la législation. Voir : OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de

dégager les observations suivantes, mais le tout demeure encore très incertain pour l'instant:

- i) la coopération devrait s'intensifier progressivement; ii) un pays (aurait) besoin d'un minimum de structures de mise en œuvre au niveau national – en plus de la volonté politique de les utiliser – afin de participer effectivement à l'échange en réseau de toutes catégories de renseignements en matière de concurrence; iii) le simple fait d'échanger des renseignements de base non confidentiels, y compris des renseignements de nature générale ou liés à des affaires ou des secteurs particuliers, rapport(er)ait de nombreux avantages; iv) tout accord de coopération devait être fondé sur la confiance mutuelle; et v) avec le temps, la coopération avait tendance à améliorer l'efficacité des efforts nationaux d'application de la loi.

Enfin, comment les informations entre pays seraient gérées ? Les membres les plus en faveur de la coopération volontaire (la Corée, le Canada et la Communauté européenne) avancent que l'établissement d'un comité de la politique de la concurrence au sein de l'OMC faciliterait l'échange d'informations et d'expériences entre les Membres et contribuerait par ailleurs à assurer la mise en œuvre adéquate d'un cadre multilatéral⁹⁸.

Dans un état d'esprit différent, des auteurs, plutôt préoccupés par le sort des pays en voie de développement, soulignent l'importance d'intégrer les autorités nationales de concurrence dans un réseau de coopération internationale. Cela permettrait ainsi d'aborder, de manière flexible, les besoins des pays à des étapes différentes du développement du régime national de la politique de concurrence (de l'assistance

l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003, à la page 17; doc. OMC WT/WGTCP/71.

⁹⁸ Pareil comité pourrait remplir un certain nombre de fonctions, notamment servir de tribune pour échanger des renseignements non confidentiels, coordonner l'assistance technique, examiner l'interaction entre le commerce et la politique de la concurrence et constituer l'enceinte compétente pour l'examen non contraignant par les pairs. Il intensifierait les échanges entre Membres, favorisant de ce fait une compréhension améliorée des questions liées à la politique de la concurrence dans les pays Membres, et leurs relations éventuelles avec le commerce international. Grâce à l'examen par les pairs, les Membres pourraient partager leur expérience des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'affecter les intérêts des autres Membres et sur les moyens de coopérer qui permettraient de lutter efficacement contre ce genre d'activité : «Communication du Canada», Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, 2003, à la page 3 ; doc. OMC WT/WGTCP/W/226. Voir en outre pour les autres pays : J.L Clarke, S.J Evenett, "A Multilateral Framework for Competition Policy?", in: State Secretariat of Economic Affairs and Evenett, S.J. (Ed.), *The Singapore Issues and The World Trading System: The Road to Cancun and Beyond*, 2003, à la page 37.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

technique dans l'élaboration de la loi au renforcement des institutions nationales à l'échange général et spécifique d'information, etc.)⁹⁹.

Un futur accord multilatéral sur la concurrence doit donc dépasser la simple entente de principe sur la coopération volontaire et déterminer les modalités de cette coopération ainsi que l'organisme en charge de s'assurer de son bon déroulement.

Recommandation 4 : Un accord multilatéral sur la concurrence devrait dépasser le stade de l'entente de principe sur la coopération volontaire en matière de lutte contre les « ententes injustifiables ». Si les États membres privilégient toutefois cette avenue, ils doivent être en mesure de déterminer les modalités d'une telle coopération.

1.3 CONCLUSION

Bien que la nécessité d'une convergence internationale en matière de politique de concurrence soit aujourd'hui reconnue, le Projet d'accord qui se dessine au sein de l'OMC connaît d'importantes limites dans le fond et dans la forme: l'approche minimale caractérise cet accord qui ne s'applique qu'à certains comportements anticoncurrentiels des entreprises et à leur traitement dans le droit national de la concurrence (il ne vise pas les systèmes verticaux empêchant les entreprises étrangères de pénétrer un marché, les abus de position dominante, ou encore, les mesures officielles qui restreignent la concurrence- par exemple, les antidumpings)¹⁰⁰. Les limites de cet accord sont le reflet des objectifs du moment, à savoir qu'il n'est pas question, du moins pour l'instant, d'entrevoir un système global de droit sur la concurrence s'adressant directement aux

⁹⁹ I.G. Bercero, S. D. Amarasingha; "Moving the Trade and Competition Debate Forward", *Journal of International Economic Law*, 2001, Vol. 4, 481-506, à la page 496.

¹⁰⁰ S. J. Evenett, « OMC : Étude des questions relatives à un éventuel cadre multilatéral sur la politique de la concurrence », 19 mai 2003, para.157; doc. OMC WT/WGTCP/W/228.

FTN. Les imprécisions démontrent quant à elles l'absence d'un consensus international sur les pratiques à interdire et sur le rôle des politiques de concurrence. Et il est vrai que la communauté internationale est dans ce domaine fort divisée. En fait, l'Union européenne (suivie par le Japon), est, depuis le début des négociations, celle qui défend le plus l'adoption d'un tel accord : selon elle, l'OMC est l'enceinte la plus adaptée pour permettre le libre échange combiné à des politiques de concurrence, et donc favoriser la croissance et la prospérité économique. Les États-Unis, en revanche, ne sont pas très intéressés à développer des obligations internationales en matière de concurrence. Ils redoutent notamment d'avoir à réduire leurs actions extraterritoriales, leurs mesures antidumping, et d'avoir à défendre ces dernières devant une instance internationale¹⁰¹. Les pays en voie de développement sont quant à eux très méfiants face à l'adoption d'un tel accord. Le Canada se situe « entre l'arbre et l'écorce » : comme les États-Unis, il n'est pas intéressé à aller au-delà de la coopération volontaire. Il prône donc la voie d'une coopération internationale minimaliste pour faire converger les lois et leurs applications vers des pratiques optimales (*best practices*) et favoriser ainsi une culture globale de la concurrence. Cependant, à la différence des États-Unis, le Canada, au même titre que le Japon, souhaite que l'on prenne en considération les lois anti-dumping qui vont, selon lui, à l'encontre de la concurrence. L'idée sous jacente, défendue par le Canada, est que si les nations mettent en place des règles internationales sur la concurrence, elles doivent être en mesure de démanteler leurs obligations anti-dumping, ce qui n'est pas envisagé actuellement. C'est d'ailleurs l'argument que le Canada a servi aux États-Unis dans le contexte de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA), mais qui fut rejeté du

¹⁰¹ Une initiative récente lancée par les États-Unis, la « Global Competition Initiative », a débouché sur la création du Réseau international sur la concurrence (RIC) en 2001. Ce réseau regroupe les autorités nationales, le secteur privé et plusieurs ONGs dans une vaste consultation sur les questions de concurrence dont l'objectif est de promouvoir une plus grande convergence des lois et de leur application, et plus généralement, l'émergence d'une culture commune de concurrence. Depuis sa mise sur pied en octobre 2001, le RIC a concentré ses efforts sur l'examen des fusionnements touchant à la fois plusieurs régimes, le rôle de promotion de la concurrence et la façon de créer des programmes efficaces de renforcement des capacités pour les instances d'économies en voie de développement ou en transition. Voir : M. Rioux, « Culture de concurrence: les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », *Économie politique internationale*, Cahiers de recherche – CEIM (04-04), septembre 2004, 13 pages, à la page 9.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

revers de la main par son voisin sous prétexte que la législation anti-dumping pouvait être abandonnée uniquement entre nations qui ne pratiquaient aucune barrière tarifaire entre elles (ex : Union européenne)¹⁰².

En bref, la voie empruntée par le Projet d'accord à l'heure actuelle semble plus orientée vers une coopération internationale permettant d'élargir l'espace de liberté des FTN (en s'attaquant principalement aux barrières étatiques qui limitent l'accès au marché pour ces firmes) plutôt que de contrôler efficacement leurs pratiques anticoncurrentielles¹⁰³. Quel effet un tel accord risque-t-il d'avoir sur les consommateurs une fois adopté ? Quels changements devraient par conséquent y être apportés en vue de mieux protéger les intérêts des consommateurs canadiens en particulier ? C'est à ces questions que la deuxième partie du document tente de répondre.

¹⁰² Des droits anti-dumping sont perçus si une évaluation révèle des pratiques inopportunes de la part d'entreprises en matière de prix. Voir : J Davidow; H. Shapiro, "The Feasibility and Worth of a World Trade Organization Competition Agreement", *Journal of World Trade*, February 2003, vol. 37, no. 1, 49-68, à la page 58.

¹⁰³ M. Rioux, "Penser la concurrence dans le contexte de la mondialisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, à la page 22 ; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) < http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005).

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

2. QUEL DROIT INTERNATIONAL DE LA CONCURRENCE EST SOUHAITABLE POUR LES CONSOMMATEURS CANADIENS ?

Avant de débiter notre analyse, il est nécessaire de se demander, au préalable, si la politique de concurrence est généralement favorable aux intérêts des consommateurs. La réponse à cette question est, selon nous, mitigée.

Les législations en matière de concurrence et de consommation ont des origines communes (dans le contexte, notamment, des régimes d'encadrement du marché et des pratiques commerciales loyales). En outre, la tâche de promouvoir les intérêts des consommateurs et de les protéger lorsque les marchés ne parviennent pas à le faire est essentielle, non seulement pour les lois de protection du consommateur, mais aussi pour divers aspects des lois sur la concurrence (entre autres, les règles concernant la publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales). On peut donc dire que la politique de concurrence et la politique de consommation mettent toutes deux l'accent sur les marchés concurrentiels, le bien être des consommateurs, le choix au niveau des produits et l'efficacité économique globale (l'optimisation de l'utilisation des ressources en rapprochant l'offre et la demande). Toutefois, des frictions peuvent survenir entre les politiques de concurrence et l'optique des consommateurs. Premièrement, les politiques sur la concurrence mettent l'accent sur l'efficacité *totale*, principe selon lequel l'efficacité des producteurs nationaux compense les coûts pour les consommateurs. Il est donc possible que certaines pratiques commerciales (telles, par exemple, le fusionnement des positions dominantes, ou encore, les coentreprises de recherche-développement) ne soient pas contestées si ces dernières s'accompagnent de gains d'efficacité importants pour les producteurs et l'ensemble de l'économie, même si elles peuvent réduire le bien-être du consommateur¹⁰⁴. Il faut rajouter à cela le fait que les consommateurs et leur

¹⁰⁴ Cela peut jouer en sens inverse : les consommateurs pourraient être disposés à accepter un fusionnement, une alliance stratégique, un accord de licence ou l'utilisation abusive d'une position dominante qui risquerait d'entraîner des pertes à court terme sur le plan du bien-être mais dont pourraient résulter, à long terme, des percées majeures sur les plans de la technologie et des produits nouveaux (ex, traitement contre le cancer) Pour de plus amples détails, voir : D. Ireland, « Politique de concurrence,

représentant ont des ressources limitées pour exercer une influence sur les politiques de concurrence (comparativement aux ressources et contacts plus vastes des milieux d'affaire). Deuxièmement, les principes de la législation et des politiques en matière de concurrence — au delà de la promotion de l'efficacité économique et du maintien des prix concurrentiels — visent aussi à élargir les possibilités de participation du Canada aux marchés mondiaux, tout en reconnaissant du même coup le rôle de la concurrence étrangère dans le pays. Cela n'est pas nécessairement incompatible avec l'intérêt du consommateur, mais il peut y avoir une possibilité de conflit avec ce dernier. Troisièmement, il faut garder à l'esprit que le droit de la concurrence se juge prioritairement à l'aune des critères d'efficacité économique : le consommateur y est traité comme une grande personne apte à juger de ce qui est conforme à ses intérêts propres; il n'a pas à être exonéré de ses erreurs, de ses fautes d'inattention dans la lecture des contrats, ni de son défaut de vigilance à l'égard des fournisseurs. Il n'est donc pas exempté, dans cette logique, d'un *devoir d'apprentissage*¹⁰⁵. Finalement, les calculs de surplus du consommateur en tant que mesure du bien-être ne tiennent pas toujours compte de certains aspects comme la sécurité du produit, l'information du consommateur, la protection des renseignements personnels, les recours des consommateurs, et d'autres préoccupations qui commencent à faire partie d'une *fonction d'utilité* du consommateur de plus en plus complexe. Or, comme le souligne si justement Derek Ireland du Bureau de la Consommation d'Industrie Canada :

(...) lorsque les consommateurs prennent des décisions en matière d'achat, ils se préoccupent beaucoup plus que des questions de prix, de qualité et de choix — le champs traditionnel de la concurrence. Ils tiennent également

propriété intellectuelle et intérêt du consommateur », in Robert D. Anderson, Nancy T. Gallini (eds.) *La politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir*, University of Calgary Press, 1998, 572 pages (349-405), à la page 355.

¹⁰⁵ Alan Bienaymé, « Le droit de la concurrence sert-il l'intérêt du consommateur ? », *Problèmes Économiques*, La Documentation française : Paris, no 2.487, 1996, à la page 20.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

compte également d'aspects politiques et sociaux, de considérations relatives à leur mode de vie et des questions de portée plus générale¹⁰⁶

L'interaction droit de la concurrence/bien-être du consommateur est donc complexe, et cette complexité est renforcée à mesure que la compétitivité internationale et l'ouverture des marchés augmentent. Le Canada illustre bien ce phénomène. La *Loi sur la concurrence* vise quatre objectifs : 1) stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne; 2) améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada; 3) assurer à la petite et moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne; et 4) assurer aux consommateurs des prix concurrentiels et un choix dans les produits¹⁰⁷. Les deux premiers objectifs sont d'orientation externe (ils peuvent donner à la politique de la concurrence un caractère pro-monopolisation/concentration) tandis que les deux derniers objectifs, d'orientation interne, placent la politique de la concurrence dans une perspective pro-concurrentielle — voire d'équité — sur le marché intérieur. Ces objectifs ne sont pas nécessairement incompatibles les uns avec les autres, mais il peut y avoir risque de conflit entre eux. Or, en plaçant sur un même pied d'égalité, d'une part la réalisation d'un modèle économique orienté sur la croissance des exportations, la présence des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux et l'élargissement de l'espace de liberté des entreprises avec, d'autre part, le maintien du bien-être des consommateurs, il se peut fort bien qu'en pratique, on sacrifie ce dernier point s'il rentre en conflit avec les trois premiers. Il est outre très symbolique de constater que le bien-être des consommateurs figure en quatrième place parmi les priorités du Canada en matière de politique de concurrence. Pourquoi est-il légitime de parler de la possibilité que soient relégués les intérêts du consommateur à l'arrière plan de la politique de concurrence au Canada? Selon Michèle Rioux, l'application de la politique de la concurrence du Canada fut considérablement affectée, dans les années 1970/1980, par les investissements directs au Canada et la présence massive des FTN sur le marché canadien, avec

¹⁰⁶ D. Ireland, « Politique de concurrence, propriété intellectuelle et intérêt du consommateur », in Robert D. Anderson, Nancy T. Gallini (eds.) *La politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir*, University of Calgary Press, 1998, 572 pages (349-405), à la page 351.

¹⁰⁷ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34 (Partie 1 : Objet et définition)

le résultat que la politique de la concurrence a été modifiée pour prendre en considération la concurrence étrangère (la protection du consommateur étant alors mieux assurée qu'elle ne l'était auparavant). Plus récemment, la transnationalisation des entreprises canadiennes a aussi eu un impact sur l'orientation de la politique de la concurrence, le problème n'étant plus cependant *tant de protéger le consommateur canadien que de s'assurer que les entreprises canadiennes puissent rivaliser à armes égales avec leurs rivales sur les marchés internationaux*. Ainsi, la mondialisation a pour effet de modifier le rôle stratégique de la politique de concurrence au Canada, et ce, de deux façons : 1) par l'assouplissement des lois permettant de promouvoir la compétitivité internationale des entreprises et du territoire, et 2) par le renforcement des lois visant à contrer les pratiques anticoncurrentielles étrangères. Certes, les politiques de concurrence ont été influencées, au Canada, par la taille du marché canadien (qui est petite) et dans lequel la "contrainte extérieure" est très forte¹⁰⁸. Mais ce phénomène n'est pas propre au pays : un peu partout, dans les nations caractérisées par des économies de marché avancées, on constate un écart important séparant la théorie des faits :

Il n'existe pas de modèle global de la concurrence imparfaite qui puisse guider dans tous les cas l'action des responsables de la concurrence (...) si certains types de comportements anticoncurrentiels flagrants comme la fixation des prix et la segmentation horizontale des marchés, devraient selon la plupart des observateurs être interdits en soi, un grand nombre de décisions doivent se fonder sur la règle de la raison (...) Le risque de décisions préjudiciables au bien-être des partenaires commerciaux est particulièrement grand dans le cas d'une approche fondée sur le bien-être national total, selon laquelle l'efficacité des producteurs nationaux compense les coûts pour les consommateurs. Mais, même lorsque le bien-être des consommateurs est un facteur prédominant, il peut y avoir divergence entre les effets sur le bien-être national et les effets sur le bien-être à l'étranger, l'exemple le plus frappant à cet égard étant les ententes à l'exportation¹⁰⁹.

¹⁰⁸ M. Rioux, « Le rôle stratégique de la politique de la concurrence du Canada », *Continentalisation*, Cahier de recherche 2000-09, à la page 1 et 31. Voir aussi : M. Rioux, « Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, à la page 11 ; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) < http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005).

¹⁰⁹ OMC, « Rapport annuel », Vol.1, Dossier spécial, 1997, à la page 56. Cité dans : C. Deblock, D. Brunelle ; « Globalisation et nouveaux cadres normatifs : Le cas de l'Accord multilatéral sur l'investissement », *Continentalisation*, Cahier de recherche 98-2, mai 1998.

En bref, il s'agit de se demander si ce projet d'accord multilatéral sur la concurrence fournit des solutions — pour les consommateurs — aux problèmes de concurrence découlant des pratiques des acteurs privés (les FTN), des pratiques des États et de l'interaction stratégique des pratiques des firmes et des États. La réponse à cette question aura lieu en deux temps. Une première partie portera sur les insuffisances des règles actuelles régissant le Projet d'accord. Il s'agira, notamment, de démontrer que les dispositions relatives aux « ententes injustifiables » dans cet accord sont incomplètes et que bon nombre de pratiques anticoncurrentielles, dommageables pour les consommateurs, ne sont même pas prises en compte par ce dernier. Une deuxième partie fera état du silence de l'accord quant aux actions privées. Elle analysera la nécessité et la faisabilité de prévoir des dispositions juridiques en faveur d'un droit d'avis et de recours des consommateurs.

2.1 DES RÈGLES INSUFFISANTES POUR ASSURER UNE PROTECTION ET UN BIEN-ÊTRE EFFECTIFS AUX CONSOMMATEURS CANADIENS

Alors que les « ententes injustifiables » souffrent, dans le projet d'accord, de sérieux problèmes définitionnels, il peut s'avérer difficile, en pratique, de déclencher le mécanisme de coopération volontaire relié à la poursuite de ces dernières (2.1.1.). Qui plus est, il est incompréhensible que les abus de position dominantes ainsi que les restrictions verticales, considérés comme l'autre « noyau dur » des pratiques anticoncurrentielles, soient considérés comme moins dangereux que les « ententes injustifiables », et donc ne bénéficient d'aucun traitement particulier dans l'accord (2.1.2.). Enfin, même si une solution commune à tous les membres de l'OMC semble actuellement hors de portée du projet d'accord pour ce qui relève de la lutte contre les fusionnements transnationaux et la cessation des mesures antidumpings, ces pratiques devraient tout de même être mentionnées dans l'Accord qui devrait encourager les États

membres à travailler à la formulation commune de principes directeurs en la matière (2.1.3).

2.1.1 LES DISPOSITIONS RELATIVES AUX « ENTENTES INJUSTIFIABLES » : UN REFLET DES LIMITES DE LA COOPÉRATION VOLONTAIRE ET DE LA FRAGMENTATION JURIDIQUE EN MATIÈRE DE CONCURRENCE

Le principe de courtoisie positive, ce moyen de coopération volontaire privilégié par les membres de l'OMC dans leur poursuite des ententes injustifiables, connaît des obstacles sérieux dans sa mise en œuvre (2.1.1.1). En outre, le fait que les ententes injustifiables ne soient pas définies sur la scène internationale, laissant par conséquent le champ libre aux autorités nationales de concurrence, permet l'exemption quasi-automatique des cartels à l'exportation. Or ces pratiques, qui vont à l'encontre du principe du bien-être général des consommateurs, mériteraient tout simplement d'être interdites (2.1.1.2.).

2.1.1.1 Des règles de déclenchement de la courtoisie positive favorables aux firmes transnationales

La lutte contre les cartels internationaux a connu, dans la dernière décennie, de grandes avancées en ce qui concerne l'harmonisation des lois et des techniques d'enquête à travers le monde. Cela s'explique par la multiplication des traités, accords bilatéraux et forums multilatéraux qui ont permis aux organismes antitrust des différents pays de mieux collaborer et coordonner leurs enquêtes (voir la partie 1.1. ci-dessus). Ainsi, le Comité du droit et de la politique de concurrence de l'OCDE travaille actuellement de manière active à l'élaboration de recommandations portant sur la communication officielle de renseignements dans les enquêtes sur les grands cartels internationaux¹¹⁰.

¹¹⁰ Une fois finalisées, ces recommandations devraient notamment inclure les éléments suivants en ce qui concerne la communication de renseignements :

- pouvoir de communiquer des renseignements;
- dispositions assurant le maintien de la confidentialité;
- restrictions relatives à l'utilisation et à la divulgation;
- conséquences en cas de divulgation non autorisée de renseignements communiqués;
- protection du secret professionnel de l'avocat.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

L'accroissement de la coopération interétatique en matière de lutte contre les cartels internationaux s'explique aussi par le renforcement de la politique de clémence instaurée par la division antitrust du ministère de la Justice américain au début des années 90, le Canada et les membres de l'Union européenne ayant vite fait de suivre le mouvement¹¹¹. Cependant, si des efforts importants ont lieu à l'étape de la communication des renseignements, il existe encore des lacunes dans le processus de coopération volontaire inter-étatique, et plus spécialement dans l'application du principe de courtoisie.

Nous avons expliqué en première partie du document (section 1.2.3.) qu'un accord multilatéral de coopération, dans le cadre de l'OMC, mettrait en place des règles de courtoisie internationale, et notamment de courtoisie positive. Selon la règle de courtoisie positive, une partie A affectée par un acte anticoncurrentiel commis sur le territoire de l'autre partie B peut demander à la partie B de prendre des mesures pour mettre un terme à la pratique en cause. Des études effectués par le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE dans les années 1990 ont révélé que si la courtoisie positive paraissait offrir un maximum de possibilités lorsqu'une pratique anticoncurrentielle dans le pays requis portait préjudice aux exportateurs du pays requérant, cela était en revanche

Il sera également recommandé d'obliger les membres à divulguer publiquement leurs lois et leurs procédures en matière de communication de renseignements. Voir : Chris Martin, « Évolution récente sur le plan multilatéral : Questions de fond et de procédures. « Travaux récents en vue de renforcer la coopération et de favoriser une convergence progressive » », Notes pour une allocution, Association du Barreau canadien, Conférence annuelle d'automne sur le droit de la concurrence, Gatineau, Québec, septembre 2004, à la page 6.

¹¹¹ Une politique de clémence est adoptée à l'égard des entreprises qui souhaitent mettre fin à leur participation à une entente occulte. Voir : M. Sullivan, J. Fillion, « Principes essentiels de la lutte contre les grands cartels internationaux au Canada », Document préparé pour le programme de formation juridique permanente d'Osgoode Hall : *Le régime de concurrence du Canada : pour une vision stratégique – guide pratique pour les entreprises*, Osgoode Hall Law School, Université York, janvier 2004, 16 pages ; en ligne : Gouvernement du Canada <[http://bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwapj/ct02790f.pdf/\\$FILE/ct02790f.pdf](http://bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwapj/ct02790f.pdf/$FILE/ct02790f.pdf)> (26 janvier 2004).

loin d'être le cas pour les consommateurs¹¹². Pourquoi ? Ce sont les conditions entourant le déclenchement de la courtoisie positive qui sont difficiles à obtenir. En fait, la pratique anticoncurrentielle dénoncée par le pays A doit viser uniquement le pays requis B. Entendons par ceci que la partie requérante A doit satisfaire à deux conditions cumulatives :

- 1) Prouver que la pratique dénoncée vise le marché géographique du pays B
- 2) Dénoncer une pratique anticoncurrentielle qui est jugée illicite en vertu du droit du pays B. En d'autres mots, la pratique dénoncée par la partie A doit être à prime abord visée par la loi sur la concurrence du pays d'où elle origine (le pays B).

La première condition met en relief des difficultés tenant à la définition du marché géographique et l'autre condition souligne la très grande marge de manœuvre laissée au pays requis concernant ce que constitue — ou non — une « entente injustifiable ».

La courtoisie positive et la définition restrictive du marché géographique: les accords établissant des principes de courtoisie positive entre pays prévoient que les autorités respectives de chacune des parties devront normalement ajourner ou suspendre leurs mesures d'application à l'égard de pratiques anticoncurrentielles commises sur le marché géographique de l'autre partie. Le marché géographique d'un pays peut être défini comme un territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable. Le marché géographique peut donc couvrir l'entièreté d'un pays ou, au contraire, n'être circonscrit qu'à une toute petite parcelle de celui-ci. Ceci engendre de sérieux problèmes de définition de marché. En effet, si des entreprises du pays B pratiquent des prix imposés pour un produit, par exemple, il n'est pas évident que la

¹¹² OCDE, Comité du droit et de la politique de la concurrence, "Rapport du CLP sur la courtoisie active", 1999, 32 pages, à la page 6 ; doc. DAFPE/CLP(99)19 (non classé).

pratique que le pays A cherche à dénoncer puisse être considérée comme « visant principalement » le territoire du pays B, sauf si, pour une raison ou une autre, le marché géographique du produit est le pays B. Autre cas de figure : si le pays B constitue un marché distinct, la pratique anticoncurrentielle dénoncée par le pays A ne sera sans doute pas considérée comme lésant les consommateurs du pays A. En bref, il ne suffit pas que la pratique anticoncurrentielle dénoncée par le pays A soit commise dans le pays B ; il faut que cette pratique vise son marché géographique. Dans ce contexte, il n'est pas évident de faire accepter au pays B sa responsabilité à l'égard de certaines pratiques anticoncurrentielles¹¹³.

La courtoisie positive et la multiplicité des législations et politiques nationales sur la concurrence. La courtoisie positive repose sur le principe selon lequel le pays d'où origine la pratique restrictive est en meilleure position pour faire enquête et prendre les mesures qui s'imposent en vertu des lois nationales. La courtoisie positive exige donc que la pratique soit à prime abord visée par la loi sur la concurrence du pays d'où elle origine, et 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. Cela signifie que la courtoisie positive ne peut pas être utilisée dans les cas d'entente à l'exportation puisque, dans ces cas précis, la pratique en cause est licite dans le pays requis (donc, en suivant notre exemple, dans le pays B)¹¹⁴. Cela signifie aussi que la courtoisie positive ne peut cibler que les cas *les plus graves* et qui font l'objet d'un *consensus* dans les deux pays. Et là encore, la situation peut être complexe : si on prend l'exemple de la loi canadienne en matière de concurrence, cette dernière est moins sévère que d'autres législations

¹¹³ OCDE, Comité du droit et de la politique de la concurrence, "Rapport du CLP sur la courtoisie active", 1999, 32 pages, à la page 6 ; doc. DAFPE/CLP(99)19 (non classé).

¹¹⁴ OCDE, Comité du droit et de la politique de la concurrence, "Rapport du CLP sur la courtoisie active", 1999 ; doc. DAFPE/CLP(99)19 (non classé). Voir aussi : A. Schaub, "International Co-operation in antitrust matters: making the point in the wake of the Boeing/MDD matter", *EC Competition Policy Newsletter*, février 1998.

étrangères sur les ententes injustifiables — du moins les cartels d'importation et les cartels internationaux — réputées constituer pourtant la forme la plus préjudiciable d'agissements anticoncurrentiels. En effet, parce qu'un comportement en matière de cartels est clairement anticoncurrentiel, il est totalement interdit dans de nombreux pays, notamment les États-Unis, la Communauté européenne et l'Australie¹¹⁵. De son côté, le Canada interdit les cartels à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. Cette disposition, qui vise les complots, prévoit que quiconque conclut un accord ou un arrangement pour empêcher ou réduire indûment la concurrence ou pour augmenter déraisonnablement les prix commet une infraction criminelle. Cependant, contrairement aux dispositions législatives en vigueur dans les autres grands pays en matière de concurrence, l'article 45 incorpore un critère fondé sur les effets sur le marché de toutes les ententes qui peuvent réduire la concurrence, qu'il s'agisse de cartels ou d'alliances stratégiques complexes. C'est ce critère qui est considéré comme problématique.

Avant de rentrer dans les détails, une précision technique s'impose. Les dispositions de la loi canadienne sur la concurrence se divisent en deux grandes catégories : les infractions criminelles et les affaires de nature non criminelle que le Tribunal de la concurrence peut examiner (affaires dites « civiles »). Cette distinction est importante car les outils disponibles et les approches prises dans l'application de la loi varieront selon le type et la gravité des pratiques. En effet, lorsqu'il s'agit d'une infraction criminelle, la preuve doit être établie « hors de tout doute raisonnable », tandis que dans une affaire civile, le fardeau de la preuve est réduit à une « balance des probabilités »¹¹⁶. Les infractions criminelles incluent, entre autres, les complots (cartels, ententes injustifiables), truquages d'offre, discrimination par le prix et certaines pratiques commerciales déloyales (télémarketing trompeur et vente pyramidale). Les pratiques civiles portent principalement sur l'abus de position dominante, les pratiques restrictives du commerce comme les ventes liées et d'autres pratiques commerciales trompeuses

¹¹⁵ Pour de plus amples détails, consulter : R. Pierce, « Réforme de l'article 45 - Le point de vue du Bureau », Direction des affaires criminelles, Bureau de la concurrence, Forum invitation sur le droit de la concurrence, Langdon Hall, Cambridge (Ontario), 2002.

¹¹⁶ Nous reviendrons plus tard sur cette distinction (voir les sections 2.1.2. et 2.1.3.)

reliées à la publicité et au marketing. La Loi inclut en outre des mesures de nature civiles afin d'assurer la notification et la révision des fusions et acquisitions qui pourraient diminuer sensiblement la concurrence¹¹⁷. Qu'en est-il des ententes injustifiables ? Ces dernières sont interdites par l'article 45 de la loi *uniquement* lorsque le résultat est une réduction induite de la concurrence, c'est-à-dire, uniquement lorsqu'il est possible de prouver que ces ententes vont à l'encontre de la concurrence, et qu'elles ont donc un effet sur le marché. En d'autres mots, quiconque conclut un accord ou un arrangement pour empêcher ou réduire indûment la concurrence ou pour augmenter déraisonnablement les prix commet une infraction criminelle. C'est la raison pour laquelle l'article 45 a été décrit par le Barreau canadien comme une disposition ayant une portée à la fois « excessive » et « limitée ». Il a une portée excessive, en ce sens que la possibilité de sanctions criminelles peut involontairement dissuader les gens d'affaires de conclure des ententes qui ne causent aucun préjudice aux consommateurs ou qui, dans les faits, favorisent la concurrence. Il a d'autre part une portée limitée en ce sens que le critère complexe fondé sur les effets sur le marché est difficile à appliquer dans un contexte criminel, de sorte que peu de condamnations ont été prononcées jusqu'ici dans des affaires de complot qui étaient contestées¹¹⁸. L'OCDE a en outre recommandé, dans son examen de la réforme de la réglementation du Canada, que la règle qui interdit les ententes horizontales injustifiables ne dépende pas aussi étroitement de l'analyse économique détaillée de certains marchés, et qu'une avenue moins sévère d'exécution en vertu du droit civil soit prévue pour les conduites ambiguës que les tribunaux hésitent à tenir pour des conduites criminelles¹¹⁹. Le gouvernement canadien reconnaît qu'il est

¹¹⁷ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34 ; partie VI: « Infractions relatives à la concurrence ».

¹¹⁸ Entre 1980 et 2004, des condamnations ont été prononcées dans seulement 3 des 22 cas de contestation : R. Pierce, « Réforme de l'article 45 - Le point de vue du Bureau », Direction des affaires criminelles, Bureau de la concurrence, Forum invitation sur le droit de la concurrence, Langdon Hall, Cambridge (Ontario), 2002. Voir aussi : S. Scott, « Application des dispositions sur les cartels : état de la question au Canada et sur la scène internationale », Fordham Corporate Law Institute, Conférence sur le droit et la politique antitrust, le 7 octobre 2004 ; en ligne : Bureau de la concurrence (Gouvernement du Canada) < <http://bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02974f.html#footnote35> > (dernière consultation : 15 avril 2005).

¹¹⁹ Voir : OCDE, « Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation au Canada », 2002, 62 pages, à la page 45.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

nécessaire de modifier l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. Des projets de modification au texte ont d'ailleurs été déposés récemment au Parlement¹²⁰. Il faut souhaiter que ces modifications aient lieu le plus tôt possible afin que le pays s'assure que, dans tous les cas où les consommateurs canadiens et les autres consommateurs étrangers voient leur bien-être lésé par la constitution d'une entente injustifiable, ils puissent être correctement indemnisés. Ainsi, dans un esprit de coopération volontaire, tel que promue par le projet d'accord multilatéral sur la concurrence, le Canada devrait profiter de cette occasion pour clarifier sa législation en matière d'entente injustifiable en interdisant notamment, comme le font les autres pays industrialisés, de telles ententes.

En conclusion, les conditions de déclenchement du mécanisme de courtoisie positive entre deux pays (lorsqu'un des pays est affecté par une pratique anticoncurrentielle effectuée sur le territoire de l'autre pays) peuvent être extrêmement difficile à réunir, notamment lorsqu'il s'agit d'indemniser les consommateurs lésés par de telles pratiques. Tout ceci fait encore aujourd'hui le jeu des FTN qui sont capables de passer à travers les mailles du filet. Si le principe de courtoisie est le moyen de coopération choisi par tous les États, il doit donc être constitué par des règles solides qui seront garantes de son bon fonctionnement. Entre autres, cela devrait suffire de prouver que la pratique dénoncée vise principalement un pays (et non son marché géographique) ; les parties doivent aussi toutes s'entendre pour définir, de manière commune, les « ententes injustifiables », se doter de moyens d'enquête et de recours identiques dans ces cas précis considérés comme la forme la plus préjudiciable d'agissements anticoncurrentiels.

Recommandation 5 : Dans un contexte où la courtoisie positive semble être le moyen de coopération interétatique choisi par les parties à un éventuel accord multilatéral

¹²⁰ S. Scott, « Application des dispositions sur les cartels : état de la question au Canada et sur la scène internationale », Fordham Corporate Law Institute, Conférence sur le droit et la politique antitrust, le 7 octobre 2004 ; en ligne : Bureau de la concurrence (Gouvernement du Canada) < <http://bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02974f.html#footnote35> > (dernière consultation : 15 avril 2005)

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

sur la concurrence à l'égard des ententes injustifiables, Option consommateurs recommande que la preuve du marché géographique soit levée.

Recommandation 6 : Dans un contexte où la courtoisie positive semble être le moyen de coopération interétatique choisi par les parties à un éventuel accord multilatéral sur la concurrence à l'égard des ententes injustifiables, Option consommateurs recommande une définition commune de ce que constitue une «entente injustifiable». Comme il s'agit de la forme la plus préjudiciable d'agissements anticoncurrentiels, cette définition devra être accompagnée de caractéristiques «plancher » (minimales) concernant les moyens d'enquête et de recours permettant d'obtenir une mesure de réparation efficace. À cet égard, dans l'intérêt des consommateurs canadiens, Option consommateurs recommande que le gouvernement du Canada révisé sa législation en matière de lutte contre les complots.

2.1.1.2 L'exemption problématique des cartels à l'exportation

Tel que cela fut énoncé précédemment, il n'existe pas, sur la scène internationale, une définition commune d' « entente injustifiable ». Or cela est selon nous indispensable si les pays ont des obligations telles que celles mentionnées dans le projet d'accord de l'OMC vis-à-vis l'interdiction de ces ententes. Ainsi, à l'heure actuelle, une entente injustifiable doit être interprétée comme une entente interdite par les autorités nationales. Les États ont donc *toute la marge de manœuvre souhaitée* pour autoriser certaines ententes et en interdire d'autres. Et la tendance est à l'interdiction des ententes qui ont des effets sur le marché national et le « laisser-faire » concernant les ententes qui ont des effets anticoncurrentiels à l'étranger, ces dernières ayant d'ailleurs peu de chance d'être

contrées pour la simple raison que les lois sur la concurrence ne prennent en considération que les effets des pratiques sur le territoire national¹²¹.

L'exemple le plus flagrant est sans aucun doute celui des cartels à l'exportation : en règle générale, les pays où les ententes sont formées ont tendance à les exempter puisqu'elles ont des effets externes que les politiques de la concurrence ne prennent pas en considération ; en revanche, les pays qui en sont la cible vont chercher à les bloquer en invoquant les effets préjudiciables de ces derniers sur leur propre marché. Des propositions ont été faites en vue d'éliminer les exemptions pour les cartels à l'exportation, mais ces dernières suscitent toutefois une grande résistance : au Canada, par exemple, l'exemption des cartels à l'exportation (article 45(5) et 45(6) de la *Loi sur la concurrence*) est justifiée en vertu du critère d'efficience, mais aussi pour des raisons qui tiennent à l'importance pour l'économie canadienne des exportations (de matières premières en particulier)¹²².

Cette exemption des cartels à l'exportation est problématique. En effet, alors que le bien-être général des consommateurs est supposé être un facteur prédominant dans la pondération des politiques de concurrence, on permet à l'heure actuelle une distinction entre les effets sur le bien-être national et les effets sur le bien-être à l'étranger des consommateurs. N'est-ce pas impensable que dans le système commercial mondial actuel une nation puisse profiter de l'autre nation en toute impunité ? On pourra répondre qu'une nation concernée par une pratique anticoncurrentielle pourrait utiliser sa juridiction extraterritoriale pour poursuivre le cartel. Mais, ceci est loin d'être simple: la plupart des nations, surtout celles en voie de développement, ne sont pas bien équipées

¹²¹ M. Rioux, « Culture de concurrence: les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », *Économie politique internationale*, Cahiers de recherche – CEIM (04-04), septembre 2004, 13 pages, à la page 10.

¹²² Voir à ce sujet : J. Ordovery et L. Goldberg, *Obstacles aux échanges et à la concurrence*, Paris, OCDE, 1993. Voir aussi : C. Deblock, D. Brunelle, M. Rioux ; « Globalisation, investissements et concurrence ; la voie du régionalisme : le projet des Amériques », *Continentalisation*, Cahier de recherche 01-09, 2001, 62 pages; en ligne : CEIM < http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/d+b+r_inv-proj-amer.pdf > (dernière consultation : 08 mars 2005).

pour arrêter l'activité *offshore* du cartel. Et même les pays qui sont beaucoup mieux équipés ont du mal à obtenir les preuves suffisantes ou la juridiction personnelle pour poursuivre le cartel (c'est ce qui fut démontré dans la section précédente 2.1.1.1.). De plus, il importe de ne pas perdre de vue que les règles de l'OMC visent l'ouverture des marchés. Dans ce contexte, les cartels d'exportation passent assez facilement l'épreuve des législations nationales, même celles réputées être les plus efficaces. Ainsi, dans un système où le droit international commercial garantit l'ouverture des marchés, on ne peut continuer d'accepter que des États se comportent malhonnêtement envers d'autres États en permettant, sous leur juridiction, des pratiques anticoncurrentielles réservées uniquement aux marchés étrangers, et, par conséquent, en autorisant tacitement les atteintes aux consommateurs étrangers.

Pour Drexler et Fox, si une nation combine les deux aspects (soit exempter ses propres cartels à l'exportation parce qu'ils ne portent atteinte qu'aux consommateurs étrangers, et punir les cartels étrangers qui nuisent aux exportateurs nationaux) alors ceci peut être vu comme un acte discriminatoire et illégitime. Les deux auteurs proposent donc de donner au principe de non-discrimination (un principe fondamental en droit commercial international) un rôle encore plus central afin de justifier l'interdiction des ententes à l'exportation : selon eux, en effet, au nom de ce principe, on pourrait empêcher les États membres de l'OMC de protéger la concurrence sur les marchés étrangers moins rigoureusement que sur leurs marchés domestiques. Une des conséquences de la règle générale de non-discrimination serait l'obligation pour les États membres d'interdire les ententes créées sur leur territoire et destinées à l'exportation de la même manière que celles qui affectent le marché domestique. Une interdiction de ces cartels à l'exportation,

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

qui s'inscrirait dans la parfaite logique du droit de l'OMC, a déjà été suggérée par les auteurs du Groupe de Munich (article 3.2)¹²³.

En conclusion, les États signataires se verraient dans l'obligation de prendre des mesures contre les pratiques restrictives des entreprises qui nuisent aux producteurs et consommateurs des autres pays signataires. Les cartels à exportation, par nature anticoncurrentiels du point de vue de l'intérêt mondial, ne peuvent donc s'harmoniser avec une saine politique de la concurrence.

Recommandation 7 : Le bien-être général des consommateurs étant un facteur prédominant dans la pondération des politiques de concurrence, l'Option consommateurs recommande que les cartels à l'exportation, qui introduisent une distinction entre les effets sur le bien-être national et les effets sur le bien-être à l'étranger des consommateurs, soient interdits.

Recommandation 8 : En lien avec la recommandation 7, dans un contexte où une nation exempte ses propres cartels à l'exportation tout en punissant les cartels étrangers qui nuisent à ses exportateurs nationaux, l'Option consommateurs recommande la mise en œuvre des obligations de l'OMC relatives au traitement national afin d'exiger des lois nationales en matière de concurrence qu'elles soient appliquées d'une manière non discriminatoire. Une telle extension du principe de traitement national interdirait, *inter alia*, les exceptions aux cartels à l'exportation.

¹²³ Sur ce point, voir: J. Drexler, "International competition policy after Cancún : placing a Singapore issue on the WTO Development Agenda", *World Competition*, Vol. 27, No 3, 2004, 419-457, à la page 430. Voir aussi: E. Fox, « International Antitrust and the Doha Dome », *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol. 43, 2003.

2.1.2 LA NON-CONSIDÉRATION DES AUTRES « NOYAUX DURS » DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : ABUS DE POSITION DOMINANTE ET RESTRICTIONS VERTICALES

Le « noyau dur » des pratiques anticoncurrentielles (celles qui cloisonnent les marchés nationaux, soit l'abus de position dominante et les restrictions verticales) ne semble pas couvert par le projet d'accord multilatéral sur la concurrence, ce qui, selon nous, est fort critiquable.

2.1.2.1 *Les abus de position dominante*

L'abus de position dominante désigne les pratiques employées pour préserver, renforcer ou exploiter la position dominante d'une entreprise sur le marché. Ces dernières sont ignorées par l'accord alors qu'elles sont comparables, dans leurs effets, aux ententes injustifiables. Dans leur travail sur la loi antitrust et sur la protection des consommateurs, Robert H. Lande et Neil W. Averitt ont expliqué, par exemple, que parmi les facteurs pouvant empêcher les consommateurs de prendre des décisions rationnelles (ce qui, en retour, peut entraver le bon fonctionnement du marché), figuraient le nombre insuffisant de producteurs, des produits différenciés et les conditions de monopole qui empêchent le marché d'offrir suffisamment de choix et qui, par conséquent, causent des problèmes de concurrence¹²⁴. En outre, les entreprises qui commettent des abus de position dominante peuvent procéder seules à l'exploitation des fournisseurs ou des utilisateurs, tandis que les partenaires d'un cartel doivent se concentrer préalablement. Le fait que les abus de position dominante ne figurent pas explicitement dans le projet d'accord multilatéral de l'OMC constitue une critique formulée par la société civile canadienne dans son ensemble. Le gouvernement canadien a aussi fait part, à plusieurs occasions, de sa volonté de voir incluses dans l'accord multilatéral sur la concurrence des modalités

¹²⁴ R. H Lande, N. W. Averitt; "Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law, *Antitrust Law Journal*, Volume 65, Spring 1997.

relatives à la coopération inter-étatique dans d'autres domaines que dans le cadre de la lutte contre les ententes injustifiables¹²⁵.

Si l'on peut admettre qu'il est difficile — voire irréaliste — de traiter, dans un éventuel accord multilatéral sur la concurrence qui réunirait plus de 130 États à une même table des négociations, et avec le même degré de priorité, de chaque aspect des pratiques anticoncurrentielles, il importe cependant de reconnaître l'existence de chacune d'entre elles. Cela constitue un postulat de départ pour la mise sur pied de solutions intermédiaires. Ainsi, certains auteurs, reconnaissant que la formulation de règles communes en matière d'abus de position dominante peut être un objectif difficile à atteindre à court terme, soutiennent qu'il est possible, en revanche, d'inciter les États dans un tel accord à s'entendre dans le futur sur des lignes directrices communes concernant l'application du droit national dans ce domaine¹²⁶. Il importe donc que le Projet d'accord contienne une interdiction explicite des abus de position dominante et qu'il engage fortement les États à coopérer ensemble dans ce domaine, dans un futur proche, afin de réduire les risques de conflit dans l'application des différentes lois sur la concurrence. Une telle démarche aura probablement pour effet, dans l'intérêt des

¹²⁵ Voir : Bureau de la Concurrence, « Résultats des consultations. Consultations relatives au document préparé par le Bureau de la concurrence sur les « Options en vue de l'internationalisation de la politique de la concurrence : Définir les intérêts du Canada » », 1999 ; en ligne : Bureau de la concurrence <<http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02112f.html>> (Création : 2003-02-11 ; Révision : 2004-04-27). Voir pour la position du Canada à l'OMC : D. Burlone, « Les défis de la mondialisation du commerce et la politique de concurrence au Canada », Association du Barreau canadien, Division Québec, 2001. Voir aussi : « Communication du Canada », Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, 2003; doc. OMC WT/WGTCP/W/22 :

Nous souhaitons tout d'abord faire une observation sur la portée d'une coopération entre les Membres de l'OMC. À notre sens, cette coopération pourrait aller au delà du seul domaine des ententes. Comme le Canada l'a indiqué précédemment, nous considérons que les ententes injustifiables devraient faire partie d'une politique nationale horizontale de la concurrence et du droit applicable en la matière. Eu égard à l'interdépendance qui existe entre les différents types d'activités anticoncurrentielles, un certain nombre de raisons complémentaires militent en faveur d'une législation et d'un régime d'exécution de vaste portée. Sans préjuger à ce stade des résultats de tout accord conclu sous les auspices de l'OMC, nous ne pensons pas que notre discussion des modalités d'une coopération volontaire doive se limiter aux ententes.

¹²⁶ G. Bercero, S. D. Amarasinha; "Moving the Trade and Competition Debate Forward", *Journal of International Economic Law*, 2001, Vol. 4, 481-506, à la page 495.

consommateurs canadiens, de renforcer la législation canadienne actuellement en place à l'égard des abus de position dominante. Au Canada, en effet, la concentration économique est très forte et l'application de la législation en matière de concurrence est réputée avoir une attitude favorable vis-à-vis des positions dominantes sur le marché canadien, notamment du fait de l'élargissement du marché pertinent entraîné par la globalisation des marchés et l'ALÉNA¹²⁷.

Un tel constat appelle à quelques explications. À la différence des cartels internationaux (complots), les positions dominantes ne relèvent plus du droit criminel depuis 1986, date de l'introduction de la disposition relative à l'abus de position dominante (en remplacement de la disposition sur le monopole). Elles relèvent du droit civil, le fardeau de la preuve étant alors réduit à une balance des probabilités. L'examen d'un abus de position dominante se fait par le Tribunal sur la concurrence au cas par cas, en trois étapes distinctes : 1) il faut définir le produit pertinent et l'ampleur du marché géographique pour appréhender l'espace marchand sur lequel opèrent les entreprises; 2) il faut établir l'existence d'une position dominante sur ce marché; et, 3) il faut prouver qu'il y a abus de la position dominante par l'existence de comportements abusifs qui ont des effets substantiels sur la concurrence¹²⁸. La première étape est cruciale; elle délimite l'aire de marché qui sert à évaluer les sources de concurrence. Dans la deuxième étape, les principaux indicateurs de la puissance commerciale sont la part de marché et les obstacles à l'entrée. Le critère de part de marché est déterminant s'il est élevé (>50%) ; sinon, on peut aussi considérer la part de marché des autres entreprises, les conditions d'entrée et de sortie sur le marché pertinent, l'intégration verticale, le contrôle de la distribution et la capacité excédentaire existante sur le marché. La troisième étape analyse

¹²⁷ Pour plus d'informations, consulter : M. Rioux , « Le rôle stratégique de la politique de la concurrence du Canada », *Continentalisation*, Cahiers de recherche- CEIM (2000-09), à la page 1 et 31. Voir aussi : M. Rioux, « Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, à la page 22 ; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) < http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005).

¹²⁸ Voir : Bureau de la Concurrence, « Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la Loi sur la concurrence) », 2001.

si l'entreprise dominante s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a eu, qui a ou qui aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Notons que depuis 1986, le concept de "détriment à l'intérêt public" a été remplacé par la démonstration du Tribunal que le comportement anticoncurrentiel a pour effet de réduire substantiellement la concurrence. L'effet doit être *substantiel*, c'est-à-dire que la pratique doit créer des barrières à l'entrée qui permettent de préserver ou d'ajouter au pouvoir de marché de l'entreprise. En outre, le Tribunal doit considérer que les effets anticoncurrentiels peuvent résulter d'un rendement économique supérieur. Dans ce cas, il n'interviendra pas puisque cela réduirait l'efficacité économique. Que faut-il retenir de tout ceci ? L'objet de la disposition législative n'est pas de régir la domination structurelle sur un marché (les positions dominantes sont permises dans certains cas), mais plutôt d'offrir une mesure corrective lorsque la domination a été utilisée au détriment des intérêts de consommateurs ou de producteurs¹²⁹. Les cas d'abus de position dominante soumis au Tribunal sont donc rares, et très peu d'entreprises dominantes ont fait jusqu'ici l'objet d'un démantèlement ou de peines sévères (lorsque ce fut le cas, les entreprises détenaient des parts de marché supérieures à 85 % et leurs comportements étaient reliés à des pratiques contractuelles abusives)¹³⁰.

¹²⁹ Paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*.

¹³⁰ Le Tribunal de la concurrence a rendu depuis l'ajout des dispositions sur l'abus de position dominante dans la *Loi sur la concurrence* en 1986 six décisions : quatre portant sur des demandes contestées (les affaires NutraSweet, Laidlaw, Nielsen et Télé-Direct), les deux autres traitant des allégations de domination conjointe et ayant été tranchées au moyen d'une ordonnance par consentement (affaires Interac et CANYPS). Dans les six cas, le Tribunal a rendu une ordonnance. En 1990, le Tribunal a émis sa première ordonnance contre l'abus de position dominante de NutraSweet, un producteur américain d'aspartame qui détenait 95% du marché canadien en 1989 et dont les pratiques empêchaient l'entrée de concurrent et limitaient la part de marché de son seul concurrent sur le marché canadien, Tosoh Canada : Bureau de la Concurrence, « Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*) », Annexe IV : Résumé des décisions rendues par le Tribunal de la concurrence, 2001.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

Recommandation 9 : Option consommateurs recommande que le projet d'accord multilatéral sur la concurrence 1) inclue, en raison de la comparabilité structurelle, une interdiction des abus de position dominante et 2) prévoie la mise en place imminente d'un comité interétatique chargé de formuler des lignes directrices permettant de réduire les risques de conflit liés à l'application des différentes lois sur la concurrence dans ce domaine. Cela engendrerait, dans l'intérêt des consommateurs canadiens, un renforcement de la législation canadienne en matière d'abus de position dominante.

2.1.2.2. Les restrictions verticales

Les restrictions verticales sont des arrangements anticoncurrentiels entre entreprises intervenant à différentes étapes du circuit production-distribution. Elles peuvent susciter des préoccupations en ce qui concerne le commerce international lorsqu'elles empêchent les entreprises étrangères d'avoir accès à des réseaux de distribution contrôlés par des fournisseurs nationaux. Dans ces cas-ci, les consommateurs se voient empêchés de profiter éventuellement de meilleurs produits à un prix moins élevé. Malgré ce qui précède, un consensus international fait défaut quant aux restrictions verticales. Pourtant, une norme qui se contente d'une perspective « touchant au commerce » (*trade-related*) pourrait être développée afin d'interdire les pratiques verticales qui empêchent l'accès à un certain marché national (principe de la non-discrimination (voir la section 2.1.1.2.))¹³¹. Prenons un cas où un fournisseur national d'un pays A impose aux commerçants du pays B de ne pas livrer de marchandises dans l'état A. Si le droit de la concurrence du pays A

¹³¹ A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, 310 à 311.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

interdit la ségrégation verticale du marché domestique, alors, le principe de non-discrimination obligerait le pays A à agir contre la restriction à l'exportation vers le pays B imposée aux vendeurs¹³².

Recommandation 10 : Même si un consensus international sur les restrictions verticales fait défaut, Option consommateurs recommande le développement d'une norme qui se contente d'une perspective « touchant au commerce » (trade-related) afin d'interdire les pratiques verticales empêchant spécifiquement l'accès à un certain marché national (sur la base du principe de non discrimination).

En conclusion, il est incompréhensible qu'un comportement monopolistique soit moins dangereux que les cartels durs dans la logique d'un accord multilatéral. Qui plus est, même si un consensus international fait défaut dans les cas de restrictions verticales, les restrictions qui empêchent spécifiquement l'accès à un certain marché national devraient être interdites dans une perspective « touchant au commerce ».

2.1.3 LES FUSIONNEMENTS ET LES MESURES ANTI-DUMPING : UN LIEN AVEC LES POLITIQUES DE CONCURRENCE QUI DOIT ÊTRE DÉVELOPPÉ

Les fusionnements transnationaux et les mesures antidumpings sont deux pratiques susceptibles d'affecter le bien-être des consommateurs. Pourtant, à l'heure actuelle, elles sont peu encadrées par des principes directeurs permettant de limiter leur influence. Cela s'explique, dans le cas du fusionnement transnational, par la nouveauté du phénomène (le fusionnement se trouve dans la branche du droit qui a récemment émergé), et, dans le cas des mesures antidumpings, par le recours jusqu'ici limité à ces dernières (c'était jusqu'à récemment le « privilège » des nations les plus riches). Il est possible, cependant,

¹³² J. Drexler, "International competition policy after Cancún : placing a Singapore issue on the WTO Development Agenda", *World Competition*, Vol. 27, No 3, 2004, 419-457, à la page 455.

d'inscrire ces pratiques dans un effort de coopération internationale en matière de concurrence. Le Projet d'accord a donc un rôle à jouer dans ce domaine.

2.1.3.1 Les fusionnements : une préoccupation récente mais grandissante

Les fusionnements transnationaux (ceux qui ont des effets dans plus d'un pays) ont augmenté considérablement au cours des dix dernières années. Cela s'explique par le fait qu'en réponse à l'ouverture croissante des marchés, les entreprises se sont étendues, le plus souvent par le biais du fusionnement et de l'acquisition. À l'heure actuelle, 60 pays ont des lois sur les fusionnements leur permettant de poursuivre les parties à un fusionnement de manière extraterritoriale, ou simultanément avec d'autres agences. Les organismes internationaux communiquent aussi de plus en plus entre eux afin de surmonter les différences en ce qui concerne les délais et les procédures de notification¹³³.

Si on constate quelques évolutions très positives en matière de lutte contre les fusionnements, plusieurs problèmes persistent. Premièrement, certains pays ont tendance à se servir des mesures extraterritoriales, non seulement pour protéger leur marché domestique contre les pratiques anticoncurrentielles étrangères, mais aussi pour défendre les intérêts des entreprises du pays sur les marchés internationaux. Cela est fréquent aux États-Unis, mais l'Union européenne n'est pas en reste. Ainsi par exemple, la Commission européenne, en vertu de l'article 24 du *Règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises* qui traite spécifiquement des relations avec les pays tiers, peut exercer ses pouvoirs en vue d'obtenir un «traitement comparable» pour les entreprises européennes sur les marchés étrangers à celui des entreprises étrangères sur le Marché Unique (art. 24(3))¹³⁴. Cette utilisation de la politique de concurrence sous forme d'une arme commerciale destinée à soutenir les activités des entreprises nationales à

¹³³ OECD, "Issues for Trade and Competition in the Global Context", *OECD Journal of Competition Law and Policy*, janvier 2004, vol. 5, no. 3, 8-58.

¹³⁴ Voir : *Règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, règlement (CE) n°139/2004, publié au Journal officiel de l'Union le 29 janvier 2004. Dans ce règlement, les autorités communautaires

l'étranger provoque en retour le développement de mécanismes de défense contre l'application unilatérale des lois étrangères. Le Canada, par exemple, ne s'oppose pas catégoriquement à l'application des lois étrangères sur son territoire, mais la loi canadienne comporte des dispositions spécifiques pour bloquer les jugements étrangers et l'application de mesures «antitrust» étrangères qui sont contraires aux intérêts du Canada¹³⁵. Deuxièmement, si d'importants efforts de coopération inter-étatiques ont lieu aux étapes du processus de mise en examen, ces derniers sont insuffisants pour ce qui relève de l'harmonisation des voies de recours et des possibilité d'obtenir une mesure de réparation efficace. Or, dans un contexte où chaque État possède ses propres moyens de recours (et ses propres sanctions), il se peut fort bien que les personnes lésées par le fusionnement en question — bien souvent des consommateurs¹³⁶ — ne soient pas indemnisées. Il importe donc que les pays coordonnent leurs enquêtes ainsi que leurs décisions en matière d'enquête, en tenant compte des conséquences de ces décisions pour

ont procédé à la refonte en profondeur d'un dispositif remontant à 1989 (règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989) et qui, au cours du temps, avait fait l'objet d'aménagements, notamment par le règlement (CE) n° 1310/97 (JO L 180 du 9 juillet 1997). Cependant, il n'y a eu aucun changement concernant les relations avec les pays tiers (donc l'article 24).

¹³⁵ En vertu des articles 82 et 23 de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal de la concurrence peut contraindre des personnes physiques ou morales à ne pas se soumettre aux dispositions d'une législation étrangère ou d'un jugement rendu par un tribunal étranger lorsque ceux-ci risquent 1) de nuire à la concurrence, 2) de nuire à l'efficacité du commerce ou de l'industrie au Canada sans engendrer ou accroître une concurrence qui rétablirait ou améliorerait cette efficacité, 3) de nuire au commerce extérieur du Canada sans créer d'avantages compensatoires et 4) d'empêcher ou de nuire au commerce au Canada sans apporter d'avantages compensatoires. Il existe aussi la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* (L.R.C. 1985, ch. F-29) visant à contrer toute mesure extraterritoriale qui aurait des incidences sur la concurrence ou sur l'efficacité du commerce et de l'industrie au Canada, ou encore sur le commerce international. Voir : M. Rioux, « Vers un droit mondial de la concurrence? », *Continentalisation*, Cahiers de recherche-CEIM (99-8); en ligne : Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) <http://www.unites.uqam.ca/gric/gric-99-8_menu.htm> (dernière consultation : 10 mars 2005).

¹³⁶ Dans son rapport au secrétaire à la Justice et au secrétaire-adjoint à la Justice (antitrust) des États-Unis, l'International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC) (Comité consultatif de la politique de la concurrence internationale) estimait qu'en 1999, environ 50 pourcent des fusions ayant fait l'objet d'une enquête par la FTC (Federal Trade Commission) avaient eu des effets néfastes sur les consommateurs dans plus d'un pays. L'ICPAC insistait d'ailleurs sur la nécessité de mieux coordonner les activités des diverses agences nationales de concurrence dans les différents pays concernés, notamment pour ce qui relève des dédommagements : US Department of Justice, « International Competition Policy Advisory Committee : Final Report », Antitrust Division, 2000, Chapitre 2, à la page 42.

le pays voisin¹³⁷. Troisièmement, les autorités chargées de la concurrence ne considèrent pas les fusionnements de façon analogue, car les cadres analytiques, les méthodologies et les objectifs varient dans la plupart des pays industrialisés. Alors qu'au Canada et aux États-Unis, par exemple, 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, comme les effets sur l'emploi¹³⁸. Étudions plus précisément le cas du 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. Pour ce faire, il se réfère aux seuils de part de marché ou de concentration, lesquels permettent de discerner les fusionnements qui n'auront vraisemblablement pas d'effets anticoncurrentiels de ceux qu'il faut examiner plus à fond. De façon générale, le Bureau ne contestera pas un fusionnement par crainte de l'exercice unilatéral d'une plus grande puissance commerciale lorsque la part de marché détenue par l'entité fusionnée sera inférieure à 35 %. Il ne contestera pas non plus un fusionnement par crainte de l'exercice en interdépendance d'une puissance commerciale lorsque la part de marché détenue par les quatre plus grandes entreprises sur le marché sera inférieure à 65 % après le fusionnement, et lorsque la part de marché de l'entité fusionnée sera inférieure à 10 %¹³⁹. Cependant, comme dans le cas des positions dominantes, le pouvoir de marché ne s'évalue pas uniquement à travers la part du marché ou le niveau de concentration. En fait, il est loisible au Tribunal de la concurrence (et donc au Bureau)

¹³⁷ OECD, "Issues for Trade and Competition in the Global Context", *OECD Journal of Competition Law and Policy*, janvier 2004, vol. 5, no. 3, 8-58, à la page 33.

¹³⁸ Bureau de la concurrence, « Options en vue de l'internationalisation de la politique de la concurrence : Définir les intérêts du Canada », 1999.

¹³⁹ En vertu de l'article 92 de la *Loi sur la Concurrence*, le commissaire de la concurrence, en qualité de chef du Bureau de la concurrence du Canada, peut contester des fusionnements entraînant une réduction sensible ou un empêchement de la concurrence ou qui auront vraisemblablement cet effet. En 1991, le commissaire a publié des *Lignes directrices pour l'application de la loi* donnant une description détaillée du cadre d'analyse utilisé par le Bureau pour l'évaluation de la question de savoir si un fusionnement entraînera une réduction sensible ou un empêchement de la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet : Bureau de la concurrence, *Fusionnements : Lignes directrices pour l'application de la Loi*, 1991.

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. L'importance attribuée à la concurrence étrangère, justifiée comme nécessaire « pour améliorer les chances des entreprises canadiennes de participer aux marchés mondiaux » est d'ailleurs particulièrement importante¹⁴⁰.

Dans le cas d'un fusionnement anticoncurrentiel, il existe un moyen de défense des gains en efficience. Ainsi, pendant les procédures devant le Tribunal, les parties au fusionnement peuvent soulever la « défense des gains en efficience » en vertu de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*. Afin d'argumenter avec succès leur défense, elles doivent convaincre le Tribunal que le fusionnement générera des gains en efficience qui surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels du fusionnement. Cette disposition fut qualifiée d'« inacceptable » par le Commissaire de la concurrence, Monsieur Konrad von Finckenstein. En effet, cela signifie qu'un fusionnement anticoncurrentiel ne pourra pas être bloqué s'il génère assez de gains en efficience, même s'il en résulte des préjudices sérieux pour les consommateurs canadiens. Cela démontre aussi, selon loi, que la *Loi sur la concurrence* autorise la création de monopoles¹⁴¹. En 2003, un projet de loi, le projet C-249, a été déposé au Parlement. Ce projet visait à abroger l'exception prévue au paragraphe 96(1) pour les gains en efficience, en faveur

¹⁴⁰ J. A. VanDuzer, G. Paquet, *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratique*, Université d'Ottawa, 1999, 158 pages.

¹⁴¹ K. von Finckenstein, « Projet de loi C-249 Loi modifiant la *Loi sur la concurrence* », Note pour une allocation, Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, le 31 mars 2004. Selon les lignes directrices initiales (1991), l'analyse par le Bureau de la défense d'efficience faisait appel à une norme de surplus total (c.-à-d. que le moyen de défense pouvait être utilisé lorsqu'un fusionnement donnait lieu à une augmentation du total des surplus des consommateurs et des surplus (ou profits) des producteurs, tout transfert de surplus de la part des consommateurs aux producteurs étant traité comme neutre). Toutefois, le Bureau a abandonné la norme de surplus total dans l'arrêt *Supérieur Propane : Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2000 Trib. conc. 16 (décision originale); [2001] 3. F.C.A. 185 (première décision de la cour d'appel fédérale); [2002] C.C.T.D. No 10 (révision); 2003 C.A.F. 53 (deuxième décision de la cour d'appel fédérale).

d'une approche où les gains en efficacité figureraient dans l'examen des fusions au même titre que les autres éléments de preuve énoncés à l'article 93 de la loi. Il incluait aussi des dispositions spéciales portant sur les avantages procurés aux consommateurs (prix concurrentiels et choix de produits) : si ces avantages n'existaient pas, la fusion ne pouvait à priori être tolérée. Ce projet de loi, qui avait franchi plusieurs étapes de lecture importantes, est mort au feuillet lors de la dissolution du Parlement le 23 mai 2004. Le moyen de défense fondé sur les gains en efficacité survit donc à l'heure actuelle. Cependant, afin de relancer le projet de modification de l'article 96 de la Loi, le Commissaire de la concurrence a entrepris, en septembre 2004, des consultations nationales portant sur le rôle des gains en efficacité dans la *Loi sur la concurrence*. Il faut espérer que les résultats de ces consultations permettront la formulation, dans les plus brefs délais, d'un projet de loi visant à modifier les critères en matière de « gains en efficacité »¹⁴².

En bref, le Canada est le seul pays à prévoir *explicitement* la défense des gains en efficacité et à adopter une approche qui fait abstraction des intérêts des consommateurs dans l'analyse des fusionnements. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la politique de la concurrence n'a pas bloqué un très grand nombre de fusionnements *notamment et avant tout* parce qu'elle considère les effets anticoncurrentiels de ces opérations *insuffisants*. L'impact de la défense d'efficacité a donc été limité par la première faiblesse de cette politique de concurrence qui évalue bien souvent que les effets anticoncurrentiels des fusions sont insuffisants. Et même si, entre 1986 et 1998, le nombre d'examen amorcés est passé de 40 à 393, la proportion des fusions examinées (par rapport au nombre total des fusions) n'a pas augmenté, car les fusionnements sont en

¹⁴² Pour faciliter les discussions, le Bureau a préparé un document de consultation qui présente une évaluation de l'expérience relative à l'article 96 de la Loi (défense fondée sur les gains en efficacité dans l'examen des fusions), du contexte d'évolution de l'économie, de la situation internationale et des mérites respectifs des différentes options : Bureau de la Concurrence, « le 24 septembre 2004 – Le Bureau de la concurrence a lancé un processus de consultations nationales portant sur le rôle des gains en efficacité en vertu de la *Loi sur la concurrence* ; en ligne : Bureau de la concurrence < <http://www.competitionbureau.gc.ca> > (dernière consultation : 25 avril 2005)

très nette croissance¹⁴³. Un examen de la législation canadienne sur la concurrence en matière de fusionnement révèle donc que certains aspects de cette législation peuvent s'avérer problématiques pour ce qui relève du bien-être du consommateur.

Que faut-il retenir de ce qui précède ? Même si le fusionnement transnational se trouve dans la branche du droit qui a récemment émergé, ce type de concentration qui regroupe actuellement les plus grands problèmes pratiques concernant l'obligation de notification, les examens et le danger des décisions administratives divergentes. Qui plus est, le fusionnement symbolise par excellence le contexte de rivalité internationale et de concurrence systémique entourant les efforts de coopération internationale en matière de concurrence¹⁴⁴. Dès lors, même s'il semble préférable d'écarter pour l'instant toute disposition précise sur le contrôle des fusions dans un projet d'accord multilatéral sur l'OMC, cet accord pourrait cependant reconnaître que les fusionnements peuvent avoir d'importants effets anticoncurrentiels. Il pourrait en outre inciter les États membres à respecter les principes directeurs s'inspirant des acquis en matière de fusionnement obtenus dans le cadre de l'OCDE. En effet, l'OCDE a adopté récemment une *Recommandation relative au contrôle des fusions* (23 mars 2005). Cette Recommandation prend en compte l'ensemble des travaux importants du Comité de la concurrence au sein de l'OCDE ainsi que l'ensemble des travaux d'autres organismes internationaux en matière de contrôle des fusions. Elle présente des pratiques exemplaires internationalement reconnues en matière de procédure de contrôle des fusions, notamment sous l'angle de la coopération entre autorités de la concurrence dans le

¹⁴³ Depuis le début des années 90, dans 95% des cas examinés, le Bureau a conclu qu'il n'y avait pas d'effets anticoncurrentiels : M. Rioux, « Le rôle stratégique de la politique de la concurrence du Canada », *Continentalisation*, Cahiers de recherche- CEIM (2000-09), à la page 25 et suiv.

¹⁴⁴ Voir : A.Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, à la page 310. Voir aussi : M. Rioux, « Vers un droit mondial de la concurrence? », *Continentalisation*, Cahiers de recherche-CEIM (99-8); en ligne : Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) < http://www.unites.uqam.ca/gric/gric-99-8_menu.htm> (dernière consultation : 10 mars 2005).

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

contexte de ce contrôle¹⁴⁵. Il est à souhaiter que le Canada appuiera activement cette recommandation, et, qu'à travers une meilleure compréhension des principes d'examen de fusionnements des pays membres, il modifiera sa législation interne de manière à mieux protéger le consommateur dans ce domaine.

Recommandation 11 : Même si le contrôle des fusions concentre actuellement les plus grands problèmes pratiques entre États, l'option consommateurs recommande que ce phénomène, quelquefois fort nuisible pour les consommateurs, ne soit pas ignoré dans un projet d'accord multilatéral sur la concurrence. Pour ce faire, l'option consommateurs recommande que cet accord 1) reconnaisse les possibles effets anticoncurrentiels des fusionnements et 2) prie les États membres de s'inspirer des principes directeurs en matière de fusionnement obtenus dans le cadre de l'OCDE.

2.1.3.2 Réformer les mesures antidumpings pour les adapter aux principes de la politique internationale de concurrence dans l'intérêt des consommateurs

Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de disposition portant sur la mise en conformité des lois antidumping avec les principes fondamentaux de la politique de concurrence. Pourtant, plus de 70 pays possèdent dorénavant des législations antidumping, et certains auteurs ont clairement démontré que les mesures antidumpings — s'inscrivant dans la quasi-totalité des cas dans un objectif purement protectionniste — empêchent le consommateur local de profiter des effets bénéfiques d'une concurrence active¹⁴⁶. Comment alors est-il possible de remédier à la situation ? Robert D. Willig suggère ceci :

¹⁴⁵ Voir: « A la une : Recommandation relative au contrôle des fusions (23-mars-2005) » ; en ligne : OCDE (section concurrence) < <http://www.oecd.org> > (dernière consultation : 10 avril 2005).

¹⁴⁶ Voir: E. U. Petersmann, "Challenges to the legitimacy and efficiency of the world trading system: democratic governance and competition culture in the WTO, introduction and summary", *Journal of International Economic Law*, Vo.7, No 3, 2004, 585-603, à la page 595 (à propos du rapport de Mavroidis). De plus, selon D. Mitchell, à moins que le dumping soit une sorte de prix prédateur visant à supprimer la

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

The obvious solution to the problem of anti-dumping (...) is to make anti-dumping enforcement more consistent with competition law enforcement. That is, the focus of attention should become the effect of dumping on competition in the importing country's market, rather than its effect on the competitors that happen to be located in that market¹⁴⁷.

Les mesures antidumping doivent donc s'aligner sur la logique du droit international de la concurrence. Un grand nombre de pays membres de l'OMC soutiennent cette position, notamment le Japon, la Corée et Hong-Kong. Les États-Unis et l'Union européenne ne sont pour l'instant guère en faveur de ce principe, mais leur position pourrait changer, et cela, pour deux raisons. Tout d'abord, les pays développés sont les utilisateurs principaux de ces mesures, mais dès que les pays en voie de développement utiliseront plus fréquemment ces dernières, ils pourraient être enclins à les faire disparaître. Ensuite, dans la perspective où les pays seront dotés de plus en plus de politiques de concurrence (une condition préalable à l'adoption d'un accord multilatéral sur la concurrence), ces mesures seront de plus en plus difficiles à soutenir¹⁴⁸. Jean-Marc Leclerc, qui a écrit sur les mesures antidumping au Canada, suggère d'ailleurs que la seule voie vers une réforme gagnante des obligations antidumping (dans l'intérêt des consommateurs) se trouve dans les accords de libre-échange qui ont su supprimer progressivement et avec succès les obligations antidumping¹⁴⁹.

Recommandation 12 : Option consommateurs recommande que les mesures antidumping soient réformées afin de s'aligner sur la logique du droit international

concurrence locale, ce dernier est plutôt bénéfique pour le consommateur : A. D. Mitchell, "Broadening the Vision of Trade Liberalization - International Competition Law and the WTO", *World Competition*., Vol. 24, 2001, à la page 363. Voir enfin cette étude qui révèle que dans 90% des cas, les antidumpings aux États-Unis, au Canada, et en Europe, sont orientés vers la défense des intérêts des producteurs locaux, le bien-être du consommateur passant en deuxième plan : R.D. Willig, « Economic effects of antidumping policy », in Robert Z. Lawrence (ed.) *Competition Policy and Anti-Dumping*, Brookings Trade Policy Forum, 1998, à la page 57.

¹⁴⁷ R.D. Willig, « Economic effects of antidumping policy », in Robert Z. Lawrence (ed.) *Competition Policy and Anti-Dumping*, Brookings Trade Policy Forum, 1998, à la page 57

¹⁴⁸ A. D. Mitchell, "Broadening the Vision of Trade Liberalization - International Competition Law and the WTO", *World Competition*., Vol. 24, 2001, à la page 363.

¹⁴⁹ J-M Leclerc, "Reforming Anti-Dumping Law: Balancing the Interests of Consumers and Domestic Industries" (1999) 44 McGill L.J. 111.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

de la concurrence. Pour ce faire, le projet d'accord multilatéral sur la concurrence devrait spécifier que les mesures antidumping sont justifiées lorsque le dumping a des effets négatifs en matière de concurrence dans le marché du pays importateur (ex : prédation) et interdites lorsque le dumping vise uniquement à protéger les compétiteurs du marché du pays importateur.

En conclusion, on constate que le Projet d'accord, tel qu'il se dessine à l'heure actuelle, présente d'importantes lacunes dans l'optique d'une politique favorable au bien-être du consommateur. Tout d'abord, pour ce qui relève de la coopération inter-étatique en matière de lutte contre les cartels internationaux, les règles entourant le principe de courtoisie ont besoin d'être redéfinies et l'exemption des cartels à l'exportation est plus que problématique. Ensuite, l'autre « noyau dur » des pratiques anticoncurrentielles, à savoir les abus de position dominante et les restrictions verticales, est mésestimé par l'accord : il est pourtant incompréhensible qu'un comportement monopolistique soit moins dangereux que les cartels durs dans la logique d'un accord multilatéral ; en outre, même si un consensus international fait défaut dans les cas de restrictions verticales, les restrictions qui empêchent spécifiquement l'accès à un certain marché national peuvent être interdites dans une perspective « touchant au commerce ». Enfin, même si à l'heure actuelle un accord multilatéral ne peut résoudre tous les aspects pratiques liés aux fusionnements et aux mesures antidumping, il peut néanmoins reconnaître les effets anticoncurrentiels de ces pratiques et exiger des états membres qu'ils collaborent plus étroitement dans ces domaines.

Ce que révèle ce projet d'accord, à travers ses faiblesses, c'est que la politique de concurrence est, plus que jamais, un instrument stratégique. En effet, elle ne tient pas compte des effets anticoncurrentiels à l'extérieur du marché national, mais, en revanche, des entreprises étrangères dont les pratiques sont jugées anticoncurrentielles font l'objet de sanctions ou de mesures coercitives, avec toutefois certaines limites qui traduisent un

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

« relâchement de la discipline interne » (puisqu'on en appelle parfois plus à l'idée d'efficacité et de compétitivité internationale que de défense de l'intérêt public¹⁵⁰).

2.2 L'ABSENCE DE DISPOSITIONS JURIDIQUES EN FAVEUR D'UN DROIT D'AVIS ET DE RECOURS DES CONSOMMATEURS

Avant-propos : Le mutisme du projet d'accord multilatéral sur la concurrence à l'égard des actions privées, une réalité inquiétante

Tel que cela fut démontré dans les parties précédentes du présent document, le droit et les politiques de concurrence, très sollicités par la complexité des rapports professionnels d'entreprise à entreprise dans un contexte de compétitivité internationale accrue, peuvent, dans les applications qui en sont faites, s'éloigner insensiblement des intérêts des particuliers. Il faut par conséquent que les consommateurs soient en mesure de faire entendre leur point de vue et qu'ils puissent bénéficier de toute garantie de protection immédiate et satisfaisante. Pour ce faire, il est souhaitable de compléter les sanctions en cas de violation du droit de la concurrence par la possibilité reconnue aux consommateurs lésés (ainsi qu'à tous les acteurs privés) de porter plainte *eux-mêmes* contre les pratiques anticoncurrentielles. On parviendrait par ce biais à une application décentralisée du droit de la concurrence. Or, à l'heure actuelle, l'accord n'offre aucune disposition juridique en faveur des actions privées¹⁵¹. Pourquoi ? Les législations nationales relatives à cette question sont fort différentes¹⁵². En outre, il est difficile de savoir quel organisme national

¹⁵⁰ M. Rioux, « Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages, à la page 11 ; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) <http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005).

¹⁵¹ A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, à la page 310.

¹⁵² Ainsi peut-on lire dans un document central du Secrétariat de l'OMC : « S'agissant d'aspects spécifiques de l'application éventuelle des principes fondamentaux de l'OMC proposés dans ce domaine, il a été avancé que la manière dont chaque pays assurait la transparence et la régularité de la procédure dans ses enquêtes et décisions était fonction de son contexte juridique, économique, institutionnel et social. » : OMC,

de la concurrence serait le plus apte à s'occuper de l'action intentée par le consommateur lésé : serait-ce celui du pays du consommateur affecté ou le pays d'où origine la firme à l'égard de laquelle une action est intentée ? Afin de faciliter l'enquête et la poursuite, il serait logique que ce soit le pays duquel origine la firme fraudieuse qui soit en mesure d'agir. Cependant, ce pays pourrait ne pas avoir l'information ou les moyens nécessaires pour poursuivre (surtout si la firme en question ne cible que les consommateurs étrangers), ou encore, il y aurait un risque de conflit d'intérêt important. Tout ceci reflète bien en tous cas les limites actuelles de l'entraide juridique.

Malgré tous ces obstacles, il est possible d'assurer aux consommateurs une meilleure protection que celle qui leur est offerte actuellement au sein de cet accord, et ce, à travers une pluralité de scénarios. Le scénario le plus « alléchant » en terme de protection du consommateur — mais le plus éloigné du contexte actuel — est sans aucun doute celui proposé par Peter Morici : un accord multilatéral sur la concurrence contenant des dispositions *contraignantes* relativement aux actions privées. La première facette de ces dispositions serait l'obligation, pour les pays membres, d'octroyer aux consommateurs un droit de recours devant les tribunaux civils leur permettant d'obtenir une mesure de réparation efficace. Ces consommateurs devront être assurés de pouvoir obtenir toute documentation utile pour une formulation complète de leur plainte. La deuxième facette de ces dispositions prévoit une possibilité de recours, pour les entreprises et les consommateurs, devant une instance internationale, si ces derniers sont insatisfaits du libellé du jugement rendu à l'interne par les autorités nationales (une fois les recours internes épuisés). Le recours à un organe international, en l'occurrence l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD), pourrait aussi avoir lieu si une partie privée conteste la législation du pays¹⁵³. Cette proposition a très peu de chances d'être adoptée à

Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003, à la page 7; doc. OMC WT/WGTCP/71.

¹⁵³ P. Morici, « Antitrust in the Global Trading System: Reconciling U.S., Japanese and European Approaches », Executive Summary and Introduction, Economic Strategy Institute: Washington D.C., 2000.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

l'heure actuelle, car elle dote l'ORD de nouvelles fonctions et de pouvoirs accrus alors même que les États tentent de tout faire pour que l'ORD n'intervienne pas dans le cadre de la concurrence (voir plus précisément la section 1.2.1.3). Pourtant, entre le scénario de Morici et les craintes des États quant à un contrôle supranational des décisions individuelles prises par les autorités nationales de concurrence, une solution alternative est possible. Elle repose dans un premier temps sur la reconnaissance de l'importance symbolique et fonctionnelle du règlement des différends au sein de l'OMC. En effet, un des acquis de l'Accord de Marrakech (1994), cet accord portant création de l'Organisation mondiale du commerce, consiste en la validité générale du règlement des différends. En d'autres mots, l'OMC s'est clairement déclarée responsable du règlement des différends entre ses pays membres, et il est difficile d'entrevoir pour l'instant comment un futur accord sur la concurrence ne pourrait y être soumis¹⁵⁴. Qui plus est, pour qu'un système commercial multilatéral fonctionne convenablement et sans frictions, il ne suffit pas d'avoir un ensemble convenu de règles : ces règles doivent être complétées par d'autres dispositions donnant aux pays des voies de recours en cas de violation des règles de base et des moyens de régler leurs différends. Dans un deuxième temps, la portée du règlement des différends en matière de concurrence dépendra de l'étendue des engagements pris. Dans cette perspective, on pourrait doter les groupes spéciaux de l'ORD d'une compétence de contrôle de l'application *pratique* de l'accord sur la concurrence : les groupes spéciaux pourraient s'éloigner de leur fonction de contrôle *de jure* pour déterminer si l'application du droit de la concurrence dans un certain pays respecte globalement les exigences de l'accord de l'OMC. Le groupe spécial ne serait donc pas appelé, selon Heinemann, à corriger des décisions individuelles des autorités nationales de la concurrence, ce qui amoindrirait alors les craintes des dirigeants politiques dans ce domaine. Ainsi, un membre de l'OMC soupçonné de violer l'accord multilatéral sur la concurrence à cause de la passivité de ses autorités publiques, pourrait toujours se défendre en montrant qu'il y a la possibilité effective pour les entreprises ou les consommateurs lésés de porter plainte eux-mêmes contre le comportement incriminé.

¹⁵⁴ C.D. Ehlermann et Lothar Ehring, "WTO Dispute Settlement and Competition Law", Institut universitaire Européen de Florence, Policy Paper 02/12, 2002.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

Cela inciterait donc fortement les membres d'un accord de l'OMC à prévoir des actions privées, même si aucune obligation formelle ne va dans ce sens¹⁵⁵.

La solution ci-dessus vise donc à s'assurer que les consommateurs lésés par des pratiques commerciales trompeuses puissent être correctement dédommages (2.2.1.) Mais pour qu'un accord multilatéral sur la concurrence soit efficace dans le domaine de la protection du consommateur, il importe aussi qu'un cadre juridique pour la coopération formelle entre les pouvoirs publics des différents pays soit mis sur pied (2.2.2.).

Recommandation 13 : Option consommateurs recommande que le projet d'accord multilatéral sur la concurrence contienne des règles permettant de s'assurer que les sanctions en cas de violation du droit de la concurrence seront complétées par la possibilité reconnue aux consommateurs affectés de porter plainte eux-mêmes contre les pratiques anticoncurrentielles. Pour ce faire, Option consommateurs recommande de doter les groupes spéciaux de l'ORD d'une compétence unique de contrôle de l'application *pratique* de l'accord sur la concurrence.

2.2.1 UTILISER LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL AFIN D'ASSURER AUX CONSOMMATEURS LÉSÉS DES MÉCANISMES DE RECOURS ET DE COMPENSATION EFFICACES

Même si les procédures applicables aux actions privées en droit de la concurrence peuvent varier d'un système à l'autre, certains principes fondamentaux du droit commercial international assurent — lorsqu'ils sont appliqués dans ces circonstances — des mécanismes de recours et de compensation efficaces pour les consommateurs lésés. Il

¹⁵⁵ Au sein de l'organe de règlement des différends (ORD), les groupes spéciaux, chargés d'examiner la plainte d'un pays devant l'ORD, sont composés de trois personnes, très qualifiées, qui produisent un rapport contenant leurs recommandations, sur la base d'une évaluation objective des faits de la cause et de la conformité des mesures. Voir : A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324, à la page 315.

s'agit, pour ce qui relève des recours, des principes de non-discrimination, de traitement national et de transparence (2.2.1.1). L'efficacité des mécanismes de compensation repose quant à elle, entre autres, sur le principe de l'équité procédurale (2.2.1.2.)¹⁵⁶.

2.2.1.1. Les mécanismes de recours des consommateurs lésés : le principe de non-discrimination et de transparence

Les principes de non-discrimination et de traitement national ont déjà été expliqués en détail dans les parties précédentes du document (voir plus précisément les sections 1.2.2.2 et 2.1.1.2). Au nom du principe de non-discrimination et de traitement national, il est possible d'exiger des lois nationales en matière de concurrence qu'elles soient appliquées d'une manière non-discriminatoire. Une telle extension du principe de traitement national permettrait ainsi aux pays de doter les étrangers des mêmes actions privées que celles permises pour les nationaux¹⁵⁷. Quant au principe de transparence appliqué à la participation des consommateurs dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, cela signifie que les consommateurs doivent facilement avoir accès aux décisions prises au titre de cette législation et connaître les motifs de ces décisions. Cela est en effet indispensable afin qu'ils puissent exercer pleinement leurs droits sur le marché. Les victimes potentielles ou les plaignants doivent par conséquent être en mesure de bien comprendre comment la loi les protège et comment déposer une plainte : cela définit très nettement l'effectivité d'une législation sur la concurrence¹⁵⁸. Le cadre législatif

¹⁵⁶ OCDE, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, « Moyens à la disposition des personnes privées au titre du droit de la concurrence », 2000, 10 pages ; doc. COM/DAFFE/CLP/TD(2000)24/FINAL

¹⁵⁷ *Ibid*, page 8.

¹⁵⁸ Michael Porter a soutenu, d'ailleurs, que la compétitivité internationale repose sur une forte rivalité, des marchés intérieurs efficaces, une application rigoureuse de la législation sur la concurrence et des autres lois d'encadrement, mais aussi, et surtout, sur des consommateurs exigeants et bien renseignés : M. E. Porter, *The competitive advantage of nations*, Free Press, New York, 1990. Voir aussi: OECD, "Issues for Trade and Competition in the Global Context" , *OECD Journal of Competition Law and Policy*, janvier 2004, vol. 5, no. 3, 8-58, à la page 10.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

canadien, opaque car complexe et très technique, réunissant avant tout des préoccupations économiques, laisse néanmoins aux consommateurs peu de place à l'heure actuelle pour faire valoir leurs intérêts¹⁵⁹. Ce problème est renforcé par le fait que les organismes voués à la défense et à la promotion des intérêts des consommateurs n'ont que très rarement l'occasion de participer activement aux discussions publiques sur la concurrence.

Recommandation 14 : Puisque les principes de non-discrimination et de transparence peuvent s'appliquer, en droit commercial international, à la participation de personnes privées dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, Option consommateurs recommande 1) que l'extension du principe de traitement national permette aux pays de doter les étrangers des mêmes actions privées que celles permises pour les nationaux ; 2) que la législation, les politiques, la jurisprudence et les procédures administratives concernant la mise en œuvre du droit de la concurrence soient totalement transparentes.

Recommandation 15 : en lien avec la recommandation 14, Option consommateurs recommande que le gouvernement canadien, dans un souci de transparence, améliore certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* afin que les consommateurs soient mieux protégés.

2.2.2 LES MÉCANISMES DE DÉDOMMAGEMENT DES CONSOMMATEURS LÉSÉS : LE PRINCIPE D'ÉQUITÉ PROCÉDURALE

Les actions privées en droit de la concurrence varient beaucoup d'un pays à l'autre. S'il importe de reconnaître la multiplicité des systèmes du fait de l'influence des

¹⁵⁹ G. Kourakos, G. Lépine, A.Mayer ; « Consultation nationale au sujet de la *Loi sur la concurrence* : Rapport final », Forum des Politiques Publiques, 08 avril 2004, à la page 4.

coutumes nationales et des institutions juridiques concernant les procédures judiciaires et administratives, il est cependant utile de souligner les limites de certains d'entre eux. Ces limites peuvent être évaluées à l'aune du principe de l'équité procédurale. Selon ce principe, en effet, les consommateurs doivent avoir accès aux procédures visant à obtenir une réparation en cas de violations du droit de la concurrence qui leur portent préjudice, ce qui comprend :

(le droit de) saisir l'autorité de la concurrence de manière formelle ou informelle pour qu'elle entreprenne une enquête ou une procédure afin de remédier à une violation manifeste du droit de la concurrence qui porte préjudice au requérant ;

(le droit de) transmettre, de manière formelle ou informelle, à l'autorité de la concurrence, des pièces justificatives et des analyses concernant les comportements qui font l'objet de l'enquête ou de la procédure de cette autorité

(le droit de) demander, par une participation active aux procédures de l'autorité de la concurrence (soit directement, soit en vertu d'une intervention formelle) ou dans le cadre de litiges privés devant les tribunaux, ou par ces deux moyens à la fois, des mesures correctrices contre des pratiques violant le droit de la concurrence qui portent préjudice à la personne privée (...) ¹⁶⁰.

Pour ce qui relève du dernier point du paragraphe ci-dessus (la nécessité de prévoir des mesures correctrices contre des pratiques violant le droit de la concurrence qui portent préjudice à la personne privée), des améliorations doivent être apportées au régime de concurrence canadien. Au pays, en effet, les parties lésées par un comportement anti-concurrentiel non criminel (l'abus de position dominante, les pratiques restrictives du commerce comme les ventes liées et d'autres pratiques commerciales trompeuses liées à la publicité et au marketing) ne peuvent récupérer leurs pertes en s'adressant à un tribunal civil. Plus précisément, l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* prévoit qu'une personne ou une entreprise peut entamer une poursuite devant un tribunal civil si elle a subi une perte par suite du comportement criminel d'une autre entreprise ou d'une autre personne ou la violation d'une ordonnance du Tribunal. En revanche, la Loi

¹⁶⁰ OCDE, « Moyens à la disposition des personnes privées au titre du droit de la concurrence », doc. COM/DAFFE/CLP/TD(2000)24/FINAL, Septembre 2000

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

ne prévoit actuellement pas la possibilité de récupérer les pertes ou dommages subis par suite d'un comportement non criminel. Cette faiblesse de la *Loi sur la concurrence* est reconnue par le gouvernement qui, dans son « Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien » (2003) suggère l'ajout d'un recours à l'article 36 pour donner aux parties lésées un moyen de récupérer leurs pertes en s'adressant à un tribunal civil¹⁶¹. Cette modification législative, qui comblera le manque actuel de mécanisme de compensation pour dédommager les consommateurs lésés, doit par conséquent avoir lieu dans les plus brefs délais. Elle s'inscrit d'ailleurs dans un esprit de convergence de la loi canadienne vers les lois d'autres juridictions qui accordent des dommages et intérêts aux victimes d'ententes dans de tels circonstances.

Recommandation 16 : Option consommateurs recommande que le gouvernement canadien, dans un souci d'équité procédurale, modifie dès que possible l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* afin de donner aux parties lésées par un comportement anti-concurrentiel non criminel un moyen de récupérer leurs pertes en s'adressant à un tribunal civil.

2.2.3 ASSURER UN CADRE JURIDIQUE POUR LA COOPÉRATION FORMELLE ENTRE LES POUVOIRS PUBLICS DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Comme le fit remarquer en 2002 le Président de la Commission Fédérale américaine du Commerce (FTC) : « Consumer protection is a decade or more behind competition policy on the global scene »¹⁶². Comment est-il possible, dès lors, de faire en sorte que les

¹⁶¹ Cette initiative gouvernementale a été soumise à de vastes consultations publiques. Voir : G. Kourakos, G. Lépine, A. Mayer ; « Consultation nationale au sujet de la *Loi sur la concurrence* : Rapport final », Forum des Politiques Publiques, 08 avril 2004. Voir aussi, pour une critique de la législation du Canada dans ce domaine : OCDE, *Ententes injustifiables*, Paris, 2000, 66 pages. Il existe toutefois des recours effectifs en dehors de la *Loi sur la concurrence*, par exemple devant les tribunaux québécois.

¹⁶² T. J. Muris , “Competition Agencies in a Market-Based Global Economy”, Annual Lecture of the *European Foreign Affairs Review*, Bruxelles, 23 juillet 2002.

politiques de concurrence tiennent suffisamment compte, sur la scène internationale, des principes de protection du consommateur? Nous avons vu dans la section précédente que le respect, par les États, de certains principes fondamentaux du droit international commercial, était garant d'un recours et de mécanismes de dédommagements efficaces pour les consommateurs lésés. Mais pour cela, il faut pouvoir établir un cadre juridique facilitant la coopération entre les pouvoirs publics dans le domaine de la protection du consommateur. Un tel cadre doit offrir de nouvelles possibilités et de nouveaux instruments aux autorités responsables de l'application du droit afin d'élargir la base des règles communes d'application et donc, de renforcer la coopération, la confiance mutuelle et le retour d'information entre les autorités de plusieurs pays. Les paramètres de ce cadre juridique de coopération s'inspirent principalement du « Livre Vert sur la protection des consommateurs » (Union européenne) qui reprend certains instruments de coopération mis de l'avant dans un projet-pilote pour les consommateurs, le « *econsumer.gov* ». ¹⁶³. Si l'on transpose ce cadre de coopération dans le contexte des négociations multilatérales sur la concurrence au sein de l'OMC, nous pourrions envisager la prise en considération des éléments suivants :

- L'établissement de droits et de devoirs d'assistance mutuelle et réciproque (échange systématique d'informations sur les firmes susceptibles d'entreprendre des pratiques déloyales) entre *tous* les États membres : un large échange d'informations est la condition *sine qua non* à une surveillance efficace du marché.
- L'établissement de bases de données et de réseaux de communication en commun qui respectent les prescriptions de la confidentialité : ces bases de donnée

¹⁶³ Ce projet, inauguré à l'automne 2001 par le Bureau de la concurrence canadien, de pair avec des organismes semblables d'une douzaine de pays, est conçu à l'intention des consommateurs électroniques, leur permettant de porter plainte lorsqu'ils sont victimes de fraude ou de pratiques déloyales en magasinant dans des boutiques étrangères offrant biens et services sur Internet. Voir : L. I. Beaudoin , « Bureau canadien des plaintes pour le commerce électronique international : Projet-pilote pour les consommateurs », *Journal du Barreau*, Vol. 33 , No 15, 2001. Voir aussi : Commission des Communautés Européennes, « Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne » , 2001 ; doc. COM(2001) 531 final.

recueillent les plaintes des consommateurs. Les agences de protection des consommateurs des pays participants peuvent y puiser les plaintes concernant des entreprises de leur pays et utiliser en retour ces renseignements pour déceler de nouvelles tendances, mettre à jour de nouvelles escroqueries ou cibler des activités illicites (comme dans le cas du projet « econsumer.gov »).

- L'établissement d'obligations imposant aux États membres de fournir de l'information (statistiques, plaintes, schémas des risques, urgences) à un « Comité international de la concurrence » en vue de leur diffusion à l'intention d'autres États membres pour renforcer la coordination de la surveillance du marché.
- La mise sur pied d'un « Comité international de la concurrence » au sein de l'OMC ayant des fonctions précises et limitées :
 - o Diffuser de l'information sur les activités commerciales transfrontalières qui peuvent avoir une incidence sur les intérêts des consommateurs.
 - o Encourager la collaboration internationale entre les autorités chargées de l'application des lois.
 - o Coordonner des projets communs entre pays.

Ainsi, l'élaboration d'un cadre de coopération permettrait d'améliorer le retour d'information entre les autorités chargées de l'application et de la réglementation. La gestion des outils de coopération serait opérée par un organisme (le Comité international de la Concurrence) qui aurait pour fonction de s'assurer de la bonne marche des opérations de coopération inter-étatiques.

Recommandation 17 : Afin de faciliter la mise en œuvre des mécanismes suggérés de recours et de dédommagements des parties privées dans le projet d'accord multilatéral sur la concurrence, l'option consommateurs recommande

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

l'établissement parallèle d'un cadre juridique facilitant la coopération entre les pouvoirs publics dans le domaine de la protection du consommateur.

En conclusion, les efforts actuels de coopération internationale reflétés par le texte de l'Accord semblent tout juste servir à baliser un processus d'internationalisation unilatéral des politiques de la concurrence, et à limiter les effets des pratiques étrangères sur les entreprises et les marchés nationaux plutôt qu'à protéger le processus concurrentiel. La coopération internationale doit donc aller au-delà d'une "cohabitation améliorée" des lois nationales et surmonter certains obstacles: 1) l'orientation nationale de la politique de concurrence; et 2) la convergence internationale des cadres réglementaires orientés vers les objectifs d'efficacité et de compétitivité qui mettent paradoxalement les politiques de la concurrence au service des intérêts nationaux¹⁶⁴. Ce n'est que sous ces conditions que les intérêts des consommateurs seront pris en considération et que leur protection sera effective. Averitt et Lande ont d'ailleurs développé une théorie unifiée du droit de la concurrence et de celui de la protection du consommateur (la « souveraineté du consommateur ») qui se résume en des termes très simples par ceci : La « souveraineté du consommateur » existe lorsque deux conditions fondamentales sont réunies :

- a) il doit y avoir un ensemble d'options rendues disponibles au consommateur à travers le droit de la concurrence (y compris, bien évidemment, des options de recours efficaces) ;
- b) les consommateurs doivent pouvoir être en mesure de choisir de manière effective parmi ces options¹⁶⁵.

Or, nous sommes encore bien loin de ce modèle de politique de concurrence...

¹⁶⁴ M. Rioux , « Le rôle stratégique de la politique de la concurrence du Canada », *Continentalisation*, Cahier de recherche 2000-09, à la page 36.

¹⁶⁵ R. H Lande, N. W. Averitt; "Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law, *Antitrust Law Journal*, Volume 65, Spring 1997.

2.3 CONCLUSION

Si l'approche minimale — privilégiée à l'heure actuelle dans le Projet d'accord — apporte quelques progrès, permettant, notamment, d'inclure le droit de la concurrence dans le champ d'application du droit de l'OMC et de l'assujettir aux principes généraux du droit commercial international, cette solution laisse encore beaucoup de questions en suspens.

Tout d'abord, pour ce qui relève des « ententes injustifiables », l'application du principe de courtoisie est loin d'être évidente. Qui plus est, le fait qu'il n'existe pas, sur la scène internationale, de définition commune d'« entente injustifiable » est problématique : nous voyons mal, en effet, comment les États peuvent prétendre respecter des obligations internationales vis-à-vis de l'interdiction de ces ententes dans la mesure où ces dernières continuent d'être interdites ou autorisées dépendamment des décisions des autorités nationales. Cela donne lieu à des situations paradoxales : par exemple, une nation qui exempte ses propres cartels à l'exportation mais qui punit les cartels étrangers nuisant à ses exportateurs nationaux. Dans de tels cas, tous les États devraient reconnaître que les cartels à l'exportation ont des effets nocifs sur le bien-être des consommateurs des pays voisins. Ensuite, même le « noyau dur » des pratiques anticoncurrentielles — c'est à dire les pratiques qui cloisonnent les marchés nationaux, soit l'abus de position dominante et les restrictions verticales — ne sont pas entièrement couverts par le projet d'accord multilatéral sur la concurrence. Pourtant, les abus patents de ces pratiques sont comparables aux ententes injustifiables. Il faudrait donc interdire ces pratiques, purement et simplement, et inciter les États à coopérer de manière graduelle afin de renforcer la lutte commune dans ce domaine. De plus, les fusionnements transnationaux et les mesures antidumpings sont deux pratiques susceptibles d'affecter, elles aussi, le bien-être des consommateurs. Pourtant, à l'heure actuelle, une solution commune à tous les membres de l'OMC semble être hors de portée du projet d'accord. Il faut donc que celui-ci tienne compte de ces pratiques en reconnaissant leurs possibles effets anticoncurrentiels et qu'il incite les États à coopérer d'avantage en la matière (fusionnements) ou qu'il détermine les circonstances précises dans lesquelles ces

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

pratiques seront autorisées (antidumpings). Enfin, l'accord, tel qui se présente à l'heure actuelle, n'offre aucune disposition juridique en faveur des actions privées, ce qui est extrêmement problématique dans l'optique des consommateurs.

En fait, le projet d'accord multilatéral se présente plutôt, à l'heure actuelle, comme un compromis entre les problèmes de concurrence découlant des pratiques des FTN, des pratiques des États et de l'interaction stratégique des pratiques des firmes et des États. En ce sens, autant dire que les intérêts des consommateurs ne sont pas la priorité. Pourtant, nous avons démontré à travers nos recommandations qu'il est possible de modifier la direction des négociations futures et de faire en sorte que les Membres de l'OMC adoptent un accord sur la concurrence qui tienne bien plus compte des intérêts des consommateurs. Cela passe, malgré l'opinion communément répandue chez les dirigeants politiques, par un mécanisme de règlement des différends pourrait convenant au droit de la concurrence, donc *allégé et adapté en la circonstance*.

CONCLUSION

Le projet d'accord multilatéral sur la concurrence présente, à l'heure actuelle, d'importantes limites sur le fond et la forme, si bien qu'il est difficile d'en entrevoir, du moins pour l'instant, les effets bénéfiques pour les consommateurs canadiens. Dans un contexte où la coopération internationale s'avère être le moyen offrant le plus de potentiel pour assurer une saine gestion de la concurrence sur des marchés aux frontières toujours plus poreuses, il ne faut surtout pas baisser les bras : l'accord sur la concurrence peut, tout en respectant certains principes fondamentaux du droit commercial international, rassembler les intérêts des consommateurs. Pour cela, il faut comprendre qu'il ne suffit pas d'avoir un ensemble convenu de règles : ces dernières, pour fonctionner efficacement, doivent être accompagnés de sanctions si elles ne sont pas respectées. Les États membres de l'OMC devraient aussi, aux termes de cet accord, être en mesure de :

- donner une définition commune aux «ententes injustifiables», et s'engager à prendre des mesures concernant l'interdiction des cartels à l'exportation ;
- reconnaître que les abus de position dominante et les restrictions verticales sont comparables aux « ententes injustifiables » quant aux effets qu'ils produisent sur les consommateurs, et les interdire par conséquent tout incitant fortement les États à coopérer de manière graduelle afin de renforcer la lutte commune dans ce domaine;
- s'engager à des négociations parallèles en vue de trouver des solutions communes à la réglementation des fusionnements transnationaux et des mesures antidumpings ;
- inclure des dispositions juridiques en faveur des actions privées (droit d'avis et de recours des consommateurs).

En bref, n'oublions pas que le droit international de la concurrence, malgré des critères d'efficacité et de compétitivité internationale prioritaires, doit aussi être en

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

mesure de faire passer aux consommateurs les avantages de l'économie de marché le plus largement possible.

BIBLIOGRAPHIE

- **Rapports/mémoires de recherche, documents d'orientation et de consultation**

R. Anderson, F. Jenny; "Current Developments on Competition Policy in the WTO," Geneva: WTO, 2001.

Bureau de la concurrence, « Options en vue de l'internationalisation de la politique de la concurrence : Définir les intérêts du Canada », 1999.

Bureau de la Concurrence, « Résultats des consultations. Consultations relatives au document préparé par le Bureau de la concurrence sur les « Options en vue de l'internationalisation de la politique de la concurrence : Définir les intérêts du Canada » », 1999 ; en ligne : Bureau de la concurrence <<http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02112f.html>> (Création : 2003-02-11 ; Révision : 2004-04-27).

CE, « Communication de la Communauté européenne et de ses États membres sur la contribution d'un accord de l'OMC sur la concurrence à la coopération internationale et à l'assistance technique pour le renforcement des capacités », 2002, à la page 9 ; doc. WT/WGTCP/W/184.

CNUCED, « Les pays en développement peuvent-ils bénéficier de négociations dans le cadre de l'OMC sur des disciplines contraignantes en matière d'ententes injustifiables? », Nations-Unies, Genève, 2003.

CNUCED, Commission de l'investissement, de la technologie et des questions financières connexes, « Consultations sur le droit et la politique de la concurrence, y compris la loi type et les études relatives aux dispositions de l'ensemble des principes et

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

des règles », Réunion d'experts sur le droit et la politique de la concurrence, Genève, 13 novembre 1996, doc. TD/B/COM.2/EM/2.

« Communication du Canada », Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, 2003; doc. OMC WT/WGTCP/W/226.

Commission des Communautés Européennes, « Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne », 2001 ; doc. COM(2001) 531 final.

N. Coutinet, F. Moreau, S. Peltier ; *Les grands groupes des industries culturelles. Fusions, acquisitions, alliances : les stratégies des années 1980-2000*, Ministère de la Culture, Département des études et de la prospective, Paris, 2002, 191 pages.

S. J. Evenett, « OMC : Étude des questions relatives à un éventuel cadre multilatéral sur la politique de la concurrence », 19 mai 2003 ; doc. OMC WT/WGTCP/W/228.

G. Kourakos, G. Lépine, A. Mayer ; « Consultation nationale au sujet de la *Loi sur la concurrence* : Rapport final », Forum des Politiques Publiques, 08 avril 2004.

OCDE, Comité du droit et de la politique de la concurrence, « Rapport sur la nature et l'impact des ententes injustifiables et sanctions prévues contre les ententes par les législations nationales de la concurrence », Direction des affaires financières, fiscale et des entreprises, 2002 ; doc. OCDE DAFPE/COMP(2002)7.

OCDE, Comité du droit et de la politique de la concurrence, « Rapport du CLP sur la courtoisie active », 1999 ; doc. DAFPE/CLP(99)19 (non classé).

OCDE, « Les ententes injustifiables - les préjudices causés et les sanctions effectives », Synthèse OCDE, Mai 2002, 4 pages.

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

OCDE, « Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation au Canada », 2002, 62 pages.

OCDE, *Ententes injustifiables*, Paris, 2000, 66 pages.

OCDE, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, « Moyens à la disposition des personnes privées au titre du droit de la concurrence », 2000, 10 pages ; doc. COM/DAFFE/CLP/TD(2000)24/FINAL

OCDE, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, « Cohérences et incohérences entre les politiques des échanges et de la concurrence », Non classifié, Doc. COM/TD/DAFFE/CLP(98)25/FINAL, septembre 1999, 20 pages.

OECD, “Issues for Trade and Competition in the Global Context” , *OECD Journal of Competition Law and Policy*, janvier 2004, vol. 5, no. 3, 8-58.

OECD, “Hard Core Cartels : Recent progress and challenges ahead” , 2003, 64 pages.

OECD, Competition Committee, “Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws”, 2002, 28 pages.

OMC, « Rapport annuel », Vol.1, Dossier spécial, 1997.

OMC, Secrétariat, « Principes fondamentaux, y compris transparence, non-discrimination et équité au plan de la procédure : Note d'information », 2002; doc. WT/WGTCP/W/209.

OMC, Secrétariat, « Rapport (2002) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2002, doc. OMC WT/WGTCP/6.

OMC, Secrétariat, « Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence », 2003 ; doc. OMC WT/WGTCP/71.

OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, « Rapport sur la réunion des 26 et 27 mai 2003 »; doc. OMC WT/WGTCP/M/22.

OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, « Rapport sur la réunion des 20 et 21 février 2003 »; doc. OMC WT/WGTCP/M/21.

OMC, « Rapport annuel 1997 », volume 1, Dossier spécial: « Le commerce et la politique de la concurrence », Genève, 1997.

F. Pagani , « L'examen par les pairs : un instrument de coopération et de changement », OCDE, Secrétariat Général, Direction des affaires juridiques, 2002 ; doc. OCDE SG/LEG(2002)1 (non classifié).

US Department of Justice, « International Competition Policy Advisory Committee : Final Report », Antitrust Division, 2000.

- **Articles de doctrine**

R.D Anderson, P. Holmes; “Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System” *Journal of International Economic Law*, vol. 5, no. 2, 2002, 531-563.

L. I. Beaudoin , « Bureau canadien des plaintes pour le commerce électronique international : Projet-pilote pour les consommateurs », *Journal du Barreau*, Vol. 33 , No 15, 2001.

I.G. Bercero, S. D. Amarasingha; “Moving the Trade and Competition Debate Forward”, *Journal of International Economic Law*, 2001, Vol. 4, 481-506.

A. Bienaymé, « Le droit de la concurrence sert-il l'intérêt du consommateur ? », *Problèmes Économiques*, La Documentation française : Paris, no 2.487, 1996.

R. Crandall, “Vertical integration and the market for repairs parts in United States automobile industry”, *Journal of industrial economics*, 1968, 212-234.

C. Deblock, D. Brunelle ; « Globalisation et nouveaux cadres normatifs : Le cas de l'Accord multilatéral sur l'investissement », *Continentalisation*, Cahier de recherche 98-2, mai 1998.

C. Deblock, D. Brunelle, M. Rioux ; « Globalisation, investissements et concurrence ; la voie du régionalisme : le projet des Amériques », *Continentalisation*, Cahier de recherche 01-09, 2001, 62 pages; en ligne : CEIM < http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/d+b+r_inv-proj-amer.pdf > (dernière consultation : 08 mars 2005).

J. Drexler, “International competition policy after Cancún : placing a Singapore issue on the WTO Development Agenda”, *World Competition*, Vol. 27, No 3, 2004, 419-457.

C.D. Ehlermann et Lothar Ehring, “WTO Dispute Settlement and Competition Law”, Institut universitaire Européen de Florence, Policy Paper 02/12, 2002.

S.J. Evenett, “Comment on "Globalisation and Dirty Industries: Do Pollution Havens Matter?””, in Baldwin, R.E. and Winters, L.A. (Ed.), *Challenges to Globalization*, University of Chicago Press for the National Bureau of Economic Research, 2003.

E. Fox, « International Antitrust and the Doha Dome », *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol. 43, 2003.

H. First, “Evolving Toward What? – The Development of International Antitrust”, in Josef Drexl (ed.) *The Future of Transnational Antitrust – From Comparative to Common Competition Law*, Kluwer: Bern, 2003, 23-51.

H. First, “The Role of the States in Antitrust Enforcement”, *The George Washington Law Review*, Vol. 69 (5-6), 2001, 1701-1737.

A.Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Vol. 18, no 3, 2004, 293-324.

D. Ireland, « Politique de concurrence, propriété intellectuelle et intérêt du consommateur », in Robert D. Anderson, Nancy T. Gallini (eds.) *La politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir*, University of Calgary Press, 1998, 572 pages (349-405).

M.E. Janow, “A need for new multilateral initiatives? Competition policy in the global trading system”, in C.A. Jones and M. Matsushita (eds), The Hague: Kluwer Law International, 2002, 387-395.

J. R. Johnson, « It's a Small World After All: Proposed Solutions for Global Antitrust in a System of National Laws », *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 1, 2003.

G. Krattenmake, S.T. Salop, "Competition and cooperation in the market for exclusionary rights", *American economic review*, vol. 76, no 2, 1986, 109-113.

M. Kronby, "Kicking the Tires: Assessing the Hyundai Anti-Dumping Decision From a Consumer Welfare Perspective" (1991) 18 Can. Bus. L.J. 95.

C. Larose, « Cinquième conférence ministérielle de l'OMC à Cancún : le multilatéralisme sur la corde raide », Observatoire des Amériques, Chronique 03-13 (septembre 2003), 6 pages.

R. H Lande, N. W. Averitt; "Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law, *Antitrust Law Journal*, Volume 65, Spring 1997.

J-M Leclerc, "Reforming Anti-Dumping Law: Balancing the Interests of Consumers and Domestic Industries", (1999) 44 McGill L.J. 111.

A.D. Mitchell, "Broadening the Vision of Trade Liberalization - International Competition Law and the WTO", *World Competition.*, Vol. 24, 2001.

P. Morici, « Antitrust in the Global Trading System: Reconciling U.S., Japanese and European Approaches », Executive Summary and Introduction, Economic Strategy Institute: Washington D.C., 2000.

M. Perry, "Price discrimination and forward integration", *Bell Journal of Economics*, 1978, p. 209-217.

E. U. Petersmann, “Challenges to the legitimacy and efficiency of the world trading system: democratic governance and competition culture in the WTO, introduction and summary”, *Journal of International Economic Law*, Vo.7, No 3, 2004, 585-603.

M. Rioux, « Culture de concurrence: les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », *Économie politique internationale*, Cahiers de recherche – CEIM (04-04), septembre 2004, 13 pages.

M. Rioux, “Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique », *Concurrence et régulation*, Notes de recherche du GRIC, 2001, 33 pages; en ligne : Centre études internationales et mondialisation (CEIM) <http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Rioux_concurrenceetglobalisation.pdf > (dernière consultation : 1^{er} avril 2005).

M. Rioux , « Le rôle stratégique de la politique de la concurrence du Canada », *Continentalisation*, Cahiers de recherche- CEIM (2000-09).

M. Rioux, « Vers un droit mondial de la concurrence? », *Continentalisation*, Cahiers de recherche-CEIM (99-8); en ligne : Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) < http://www.unites.uqam.ca/gric/gric-99-8_menu.htm > (dernière consultation : 10 mars 2005).

H. V. Perlmutter, D. A. Heenan; “Cooperate to Compete Globally”, *Harvard Business Review*, Vol. 64, No 2, 1986.

A. Schaub, “International Co-operation in antitrust matters: making the point in the wake of the Boeing/MDD matter”, *EC Competition Policy Newsletter*, février 1998.

M. Sullivan, J. Filion, « Principes essentiels de la lutte contre les grands cartels internationaux au Canada », Document préparé pour le programme de formation juridique permanente d'Osgoode Hall : *Le régime de concurrence du Canada : pour une vision stratégique – guide pratique pour les entreprises*, Osgoode Hall Law School, Université York, janvier 2004, 16 pages ; en ligne : Gouvernement du Canada <[http://bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwapj/ct02790f.pdf/\\$FILE/ct02790f.pdf](http://bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwapj/ct02790f.pdf/$FILE/ct02790f.pdf)> (26 janvier 2004).

F. Talahite, « Production ou édications de normes ? Les nouvelles théories de l'entreprise et la mondialisation », in Durand (ed.) *La puissance des normes*, L'Harmattan : Paris, 2003

M. Trebilcock, A. N. Campbell, J. W. Rowley; “The Role of Monopoly Laws in the International Trading System”, *International Trade Law and Regulation*, Vol. 5, 1995, 167-168.

R.D. Willig, « Economic effects of antidumping policy », in Robert Z. Lawrence (ed.) *Competition Policy and Anti-Dumping*, Brookings Trade Policy Forum, 1998.

- **Monographies**

J.L Clarke, S.J Evenett, “A Multilateral Framework for Competition Policy?”, in: State Secretariat of Economic Affairs and Evenett, S.J. (Ed.), *The Singapore Issues and The World Trading System: The Road to Cancun and Beyond*, 2003.

W. Fickentscher et al (eds), *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995.

J. Ordover et L. Goldberg, *Obstacles aux échanges et à la concurrence*, Paris, OCDE, 1993.

M. E. Porter, *The competitive advantage of nations*, Free Press, New York, 1990.

D. Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation* (1817), in J. Murray (ed) : Londres ; Traduction chez Calman-Levy : Paris, 1970.

F. M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World*, Washington D. C.: The Brookings Institute, 1994.

J. A. VanDuzer, G. Paquet, *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratique*, Université d'Ottawa, 1999, 158 pages.

- **Communications orales et Conférences**

D. Burlone, « Les défis de la mondialisation du commerce et la politique de concurrence au Canada », Association du Barreau canadien, Division Québec, 2001.

K. von Finckenstein, « Questions fondamentales en matière de concurrence internationale au Canada », Allocution du Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la concurrence au Comité consultatif international en matière de politique de concurrence, 2 novembre 1998, Washington.

C. Martin, « Évolution récente sur le plan multilatéral : Questions de fond et de procédures. «Travaux récents en vue de renforcer la coopération et de favoriser une convergence progressive», Notes pour une allocution, Association du Barreau canadien, Conférence annuelle d'automne sur le droit de la concurrence, Gatineau, Québec, septembre 2004.

T. J. Muris , “Competition Agencies in a Market-Based Global Economy”, Annual Lecture of the *European Foreign Affairs Review*, Bruxelles, 23 juillet 2002.

R. Pierce, « Réforme de l'article 45 - Le point de vue du Bureau », Direction des affaires criminelles, Bureau de la concurrence, Forum invitation sur le droit de la concurrence, Langdon Hall, Cambridge, Ontario, 2002.

S. Scott, « Application des dispositions sur les cartels : état de la question au Canada et sur la scène internationale », Fordham Corporate Law Institute, Conférence sur le droit et la politique antitrust, le 7 octobre 2004 ; en ligne : Bureau de la concurrence (Gouvernement du Canada) <<http://bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02974f.html#footnote35> > (dernière consultation : 15 avril 2005).

- **Déclarations, Recommandations et Conventions internationales**

Bureau de la Concurrence, « Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*) », 2001.

CNUCED : « Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives de l'Organisation des Nations Unies », Genève: 1980.

OCDE : « Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables », adoptée par le Conseil à sa 921^{ème} session, le 25 mars 1998 ; doc. OCDE C/M(98)7/PROV.

OCDE : « Recommandation révisée du conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux », 1995 ; doc. OCDE C(95)130/FINAL

OCDE : « Recommandation concernant la coopération entre pays Membres en matière de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux », 1986 ; doc. OCDE C(86)44(Final).

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

OMC : « Déclaration ministérielle » (Doha), adoptée le 14 novembre 2001, doc. OMC WT/MIN(01)/DEC/1

OMC : « Décision du Conseil général sur le programme de travail de Doha », 1er août 2004 ; en ligne : OMC

<http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/draft_text_gc_dg_31july04_f.htm> (dernière consultation : 15 avril 2005).

- **Lois et règlements**

- Union européenne

Règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, règlement (CE) n°139/2004, publié au Journal officiel de l'Union le 29 janvier 2004.

- Canada

Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. 1985, ch. S-15

Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34

Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères, L.R.C. 1985, ch. F-29

Bureau de la concurrence, *Fusionnements : Lignes directrices pour l'application de la Loi*, 1991.

- **Jurisprudence**

- OMC : Organe de règlement des différends

Japon — Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, 1998, OMC, Doc. WT/DS44/R (Rapport du Groupe spécial).

- Canada

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc., 2000 Trib. conc. 16 (décision originale)

Un cadre multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC est-il favorable aux consommateurs canadiens ?

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc., [2001] 3. F.C.A. 185

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc., [2002] C.C.T.D. No 10 (révision)

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc., 2003 C.A.F. 53

- **Accords**

Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en oeuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, Journal officiel n° L 173 du 18/06/1998, 0026 – 0027.

Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 1994