

Non classifié

COM/TD/DAFFE/CLP(98)25/FINAL



Organisation de Coopération et de Développement Economiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

OLIS : 15-Sep-1999  
Dist. : 16-Sep-1999

PARIS

DIRECTION DES ECHANGES  
DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES, FISCALES ET DES ENTREPRISES

Or. Ang.

COM/TD/DAFFE/CLP(98)25/FINAL  
Non classifié

**Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence**

**COHERENCES ET INCOHERENCES ENTRE LES POLITIQUES DES ECHANGES  
ET DE LA CONCURRENCE**

81479

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine  
Complete document available on OLIS in its original format

Or. Ang.

**Ce document a été préparé dans le cadre du programme de travail de l'OCDE sur les échanges et la concurrence. Il est déclassifié sous la responsabilité du Secrétaire général.**

**Ce document, qui est également disponible en anglais, peut être consulté sur les sites Web suivants :**

**<http://www.oecd.org/ech/>**

**<http://www.oecd.org/daf/clp/>**

**Copyright OCDE 1999**

**Toute demande de reproduction ou de traduction totale ou partielle de ce document doit être adressée :**

**Par courrier, à M. le Chef du Service des publications,**

**OCDE, 2 rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France**

**Ou par courrier électronique, à [Laurence.gerrer@oecd.org](mailto:Laurence.gerrer@oecd.org) ou à [Luc.garcia@oecd.org](mailto:Luc.garcia@oecd.org)**

**Ou par télécopie, au (33-1) 45 24 13 91**

**TABLE DES MATIÈRES**

I. Introduction.....	4
II. Portée.....	4
III. Objectifs.....	6
IV. Moyens/Mécanismes .....	8
V. Quand y a-t-il “incohérence” ? .....	10
VI Conclusions.....	11
ADDENDUM : ANALYSE DÉTAILLÉE DE CERTAINS ÉLÉMENTS DU PARAGRAPHE 31.....	13
Mesures commerciales de recours .....	13
NOTES ET RÉFÉRENCES .....	20

## **COHÉRENCES ET INCOHÉRENCES ENTRE LES POLITIQUES DES ÉCHANGES ET DE LA CONCURRENCE**

### **I. Introduction**

1. Cette note traite des cohérences et des incohérences entre les objectifs et les instruments de mise en œuvre des politiques des échanges et de la concurrence. Elle s'appuie sur les travaux antérieurs des organes suivants : le Groupe de travail du Comité des échanges et le Groupe de travail n°1 du Comité du droit et de la politique de la concurrence [cf. : Interrelations entre les politiques des échanges et de la concurrence et Rapport conjoint sur les politiques des échanges et de la concurrence, OCDE/GD(93)101] ; la Note d'un consultant intitulée "Politiques commerciales et de la concurrence : comparaison des objectifs et des méthodes", parue dans le Numéro 4 de *Problèmes de politique commerciale*, OCDE, 1994 ; le Rapport conjoint des Comités des échanges et de la concurrence intitulé "Renforcer la cohérence entre les politiques des échanges et de la concurrence", OCDE/GD(96)90 ; enfin, les travaux en cours du Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence.

2. La deuxième section de cette note examine dans une optique plus générale le cadre global dans lequel s'insèrent les deux domaines d'action. La troisième section analyse les objectifs des deux politiques en faisant ressortir les différences. La quatrième section esquisse certaines caractéristiques essentielles des instruments d'application des deux politiques. La cinquième section est consacrée à certains domaines dans lesquels des éléments d'incohérence tangibles sont parfois dénoncés. La sixième section renferme les conclusions.

### **II. Portée**

#### **a) "Mesures frontalières/non frontalières"**

3. En règle générale, les politiques de la concurrence et de la libéralisation des échanges se renforcent mutuellement. Historiquement, les négociations commerciales ont été axées sur la libéralisation des mesures gouvernementales "aux frontières" qui peuvent fausser les flux commerciaux ou qui le font effectivement. En particulier, les Articles I, II et XXVIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) constituent, depuis 1947, un cadre à l'intérieur duquel les gouvernements ont pu abaisser de façon définitive les barrières commerciales par le biais de concessions réciproques consolidées, appliquées sur la base de la nation la plus favorisée. En outre, les pratiques les plus susceptibles de contrarier les flux commerciaux, notamment les restrictions quantitatives, ont été assujetties à des disciplines (l'Article XI, par exemple) qui interdisent ces pratiques ou ne les autorisent qu'en vertu de quelques exceptions bien définies. Ces questions "frontalières" reflètent les préoccupations traditionnelles des négociateurs commerciaux concernant l'accès aux marchés. Dans le cadre du GATT, puis de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'attention s'est également portée sur certaines mesures "à l'intérieur des frontières" qui faussent ou entravent les échanges. Le degré de couverture de ces mesures s'est étendu au fil du temps, particulièrement dans le contexte du cycle de Tokyo et du cycle d'Uruguay (voir ci-après).

4. La politique de la concurrence s'est efforcée traditionnellement d'assurer des conditions concurrentielles "à l'intérieur des frontières" parce que le droit de la concurrence ne permet généralement que de combattre les effets anticoncurrentiels sur le marché national. Jusqu'à une date relativement récente, les politiques de la concurrence ont eu surtout tendance à promouvoir le bien-être du consommateur en protégeant la concurrence entre les entreprises nationales, même si l'on peut citer un certain nombre d'exemples, dont quelques-uns remontent à plusieurs décennies, de décisions antitrust relatives à l'activité des ententes internationales, aux pratiques intérieures excluant les entreprises étrangères et aux fusions internationales. Dans certains cas, l'exercice extraterritorial de compétences a suscité la controverse. Plus récemment, l'application concertée des législations nationales sur la concurrence est devenue une réalité. Mais dans tous les cas, l'accent est mis nécessairement sur les effets concurrentiels à l'intérieur des frontières, et non aux frontières, compte tenu des compétences des autorités chargées de la concurrence.

5. Cela dit, il convient de ne pas pousser à l'extrême la distinction entre l'optique "aux frontières" de la politique commerciale et l'optique "à l'intérieur des frontières" de la politique de la concurrence. Dès la création du GATT en 1947, le principe du traitement national défini à l'Article III faisait obligation aux gouvernements de maintenir les conditions de la concurrence entre les marchandises "nationales" et "étrangères" en interdisant l'application discriminatoire de mesures gouvernementales telles que les impôts internes et d'autres lois et réglementations nationales.

6. De même, tandis que les subventions "intérieures" qui pourraient affecter la concurrence à l'intérieur des frontières (ou d'ailleurs sur des marchés tiers) n'ont pas été totalement prohibées dans le système du GATT, elles ont été assujetties à des disciplines qui visent à combattre leurs effets de distorsion des échanges, notamment *via* des mesures compensatoires aux frontières ou par le recours à un mécanisme multilatéral de règlement des différends. Ce cadre a été affiné avec la création de l'OMC en 1994 et l'adoption de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.

7. On peut noter que quelques régimes de la concurrence (mais non pas tous) se préoccupent également des effets concurrentiels des aides étatiques et d'autres formes de subventions. L'adjonction de disciplines de l'OMC visant les services, les mesures concernant les investissements liées au commerce (MIC) et les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) souligne également l'attention croissante portée par les négociateurs commerciaux aux mesures à l'intérieur des frontières. S'agissant de la politique de la concurrence, la mondialisation a contribué à une plus grande prise de conscience de l'effet des mesures frontalières résiduelles, notamment les droits de douane et les autres formes de droits susceptibles de fausser les conditions de la concurrence nationale.

#### **b) *Pratiques publiques/pratiques privées***

8. Dans l'examen des deux domaines d'action, il faut garder à l'esprit une distinction peut-être plus fondamentale : la différence entre pratiques publiques et pratiques privées. Le GATT de 1947 visait principalement les mesures gouvernementales – soit aux frontières sous la forme de restrictions quantitatives et de droits de douane, soit à l'intérieur des frontières sous la forme de lois et réglementations discriminatoires. De plus, s'agissant des entreprises de commerce d'État, le cadre GATT/OMC a toujours englobé les actions de ces entreprises lorsqu'elles exerçaient des fonctions "marchandes". Les distorsions commerciales émanant de ces actions – qu'il s'agisse de la passation des marchés publics ou d'autres pratiques commerciales – ont été assujetties à des disciplines. Certains agissements privés (notamment les "ventes abusives à des prix inférieurs à la valeur normale") ont fait l'objet de mesures directes, les disciplines antidumping par exemple.

9. Avec la création de l'OMC, le régime commercial a élargi le champ de son application à certaines pratiques privées concernant par exemple les sauvegardes (en ce qui concerne les accords d'autolimitation), les services et la propriété intellectuelle. Tandis que les politiques nationales de la concurrence ne sont pas uniformes à cet égard, on peut faire valoir que la politique de la concurrence a eu traditionnellement tendance à s'appliquer d'une manière plus large aux pratiques privées qu'aux pratiques gouvernementales (compte tenu des doctrines juridiques de l'immunité souveraine et de l'acte de gouvernement). Depuis peu, les politiques de la concurrence visent les pratiques gouvernementales dans le domaine des réglementations sur les services de base et les services professionnels ainsi que les services publics et les monopoles d'État ou réglementés, soit par l'application directe du droit positif, soit par la défense de la concurrence.

10. A maints égards, l'Accord de l'OMC sur les services de télécommunications de base constitue le meilleur exemple du renforcement mutuel des objectifs des politiques de la concurrence et des échanges. Cet accord vise à la fois les mesures gouvernementales et les pratiques privées (quoique de façon indirecte) et traite aussi bien les actions aux frontières qu'à l'intérieur des frontières faisant intervenir les instruments et les concepts de la politique des échanges et de la politique de la concurrence.

### **III. Objectifs**

11. Il résulte de ce qui précède que les politiques de la concurrence et des échanges ont globalement le même objectif : 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. L'absence d'une politique nationale de la concurrence peut décourager ou empêcher l'accès aux biens étrangers à un coût réduit. De même, l'absence d'une libéralisation des échanges et des investissements décourage ou empêche l'accès à des biens ou producteurs étrangers favorisant la concurrence. Les deux politiques reposent, 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'économie. Cela dit, il convient (a) d'approfondir la notion "d'efficacité", et (b) de noter l'existence de considérations sur le plan de l'action qui tempèrent cette perspective.

#### **a) Objectifs d'efficacité**

12. Les paramètres économiques de la politique de la concurrence et de la libéralisation des échanges sont souvent très similaires. La politique de la concurrence vise avant tout l'efficacité économique, qui renferme trois composantes : l'efficacité allocative, l'efficacité productive et l'efficacité dynamique. L'efficacité allocative consiste à faire en sorte que les ressources économiques sont distribuées à ceux qui leur ajoutent la plus grande valeur. Il s'agit d'une efficacité des échanges. L'efficacité productive consiste à faire en sorte qu'un niveau donné de production soit atteint au coût le plus bas. Sur les marchés concurrentiels, l'efficacité allocative et l'efficacité productive sont réalisées l'une et l'autre au même point. Tandis que l'efficacité allocative et l'efficacité productive sont des notions statiques, l'efficacité dynamique traite du processus consistant à mettre au point les technologies, les procédés et les produits le mieux à même de répondre à l'évolution des goûts des consommateurs et à les incorporer efficacement dans le système économique.

13. De même, la politique de libéralisation des échanges peut être axée sur chacun de ces trois objectifs. La suppression des barrières tarifaires, non tarifaires et internes aux échanges par le biais de concessions négociées constitue le principal moyen de réaliser les objectifs d'efficacité allocative et d'efficacité productive.

14. La politique de la concurrence vise aussi les distorsions des marchés concurrentiels causées par les pratiques abusives d'entreprises dominantes qui peuvent aboutir à l'exclusion ou à la forclusion des

petites entreprises et à une concurrence dommageable. De même, la politique commerciale se préoccupe, d'une part, des pratiques des entreprises qui entravent l'accès des exportations aux marchés, mais elle prévoit d'autre part certaines contre-mesures en réponse à des ventes au-dessous du prix normal qui s'avèrent préjudiciables à une industrie nationale.

**b) Contexte élargi**

15. En dépit de cette convergence générale, il est bien évident que les deux domaines d'action se situent dans un contexte plus large où d'autres objectifs des pouvoirs publics doivent être coordonnés et classés par ordre de priorité par les gouvernements souverains.

16. Dans le cas de la politique commerciale, il s'agit d'un certain nombre de domaines, notamment (par exemple) les dispositions qui autorisent des dérogations aux actions de "libéralisation" afin de prendre les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, à la conservation des ressources naturelles non renouvelables ou à la protection des intérêts essentiels de la sécurité. Il est clair que la portée de la libéralisation, dans certains cas, traduit la prise en compte des objectifs de la politique publique visant par exemple le développement durable, l'environnement et l'emploi. Dans des domaines tels que les échanges de produits agricoles, où les restrictions commerciales sont traditionnellement fortes, cette situation a reflété notamment les objectifs complexes des politiques sociales et environnementales nationales. Les choses ne sont pas fondamentalement différentes en ce qui concerne le droit et la politique de la concurrence. Ainsi, certaines exclusions sectorielles (et l'agriculture serait l'un de ces secteurs) expriment une réaction de la politique gouvernementale à des considérations de plus large portée, comme c'est le cas pour la politique des échanges.

**c) Priorités différentes**

17. Les deux politiques peuvent aussi avoir des perspectives quelque peu différentes. La raison d'être fondamentale de la libéralisation commerciale multilatérale est, généralement, de fixer des conditions au niveau international qui soient compatibles avec le bien-être mondial des consommateurs et avec la réalisation d'une efficacité productive mondiale. Bien entendu, l'accord des gouvernements souverains est nécessaire pour se rapprocher de cet objectif et, en conséquence, il s'agit d'une "activité permanente". C'est l'une des raisons pour lesquelles le principe NPF constitue une composante vitale du système GATT-OMC. Par comparaison, l'analyse de la concurrence est davantage axée sur le bien-être du consommateur concernant une catégorie de consommateurs, sur un marché spécifique.

18. Au risque d'une simplification abusive, on peut néanmoins dire que, si les deux politiques se préoccupent de questions micro-économiques, la politique de la concurrence privilégie une démarche factuelle, au cas par cas, et est normalement appliquée *ex post* (le contrôle des fusions étant une exception), tandis que la politique commerciale implique souvent une approche plus sectorielle ou macro-économique et est généralement appliquée *ex ante* (les mesures commerciales de recours étant une exception). De même, la politique de la concurrence met souvent l'accent sur des problèmes concrets de concurrence dans des marchés déterminés, tandis que la politique commerciale se focalise souvent sur des problèmes de concurrence potentielle, l'objectif étant de préserver les perspectives concurrentielles. Cela peut aboutir, par exemple, à une définition des marchés plus large pour la politique commerciale que pour la politique de la concurrence. Il en résulte aussi que la politique de la concurrence apparaît parfois axée sur les effets à court terme tandis que la politique commerciale se préoccupe davantage des effets de marché. Ces différences peuvent influencer sur les moyens d'action et les mécanismes mis en œuvre par les deux politiques, comme on le verra ci-après.

#### IV. Moyens/Mécanismes

##### a) Principales pratiques

19. Lorsque la politique de la concurrence poursuit ses objectifs d'efficience allocative et productive, elle se préoccupe souvent des efforts concertés visant à majorer artificiellement les prix pour les porter au-dessus des niveaux concurrentiels. Cela explique la priorité donnée à l'interdiction des accords horizontaux de fixation des prix entre concurrents ou d'un certain nombre d'autres pratiques qui ont le même effet, notamment le trucage des offres, le partage des marchés, etc. S'agissant d'autres formes de coopération horizontale, toutes les considérations d'efficience – productive, allocative et dynamique – entrent en jeu. Celles-ci peuvent conduire à accepter ces types de coopération, notamment diverses formes de co-entreprises et d'autres consortiums. Le souci de l'efficience conduit aussi à examiner les fusions entre concurrents qui pourraient induire une hausse des prix ou une perte d'innovation et, partant, une réduction du bien-être des consommateurs.

20. Dans le contexte de la politique de la concurrence, l'objectif d'efficience constitue de plus le cadre de l'évaluation des relations verticales<sup>1</sup>. Ces relations peuvent inclure des dispositions contractuelles telles que les accords d'exclusivité, les territoires exclusifs, les clauses d'achats liés, etc. Il faut donc procéder à une analyse complexe qui peut inclure l'examen d'une réduction de la concurrence "intra-marque" en association avec des effets positifs et négatifs sur la concurrence "intermarques", dont certains peuvent ne se manifester qu'à terme. De même, les considérations d'efficience motivent le contrôle du comportement des entreprises dominantes, en particulier des agissements qui excluent ou découragent les concurrents par des moyens autres qu'une concurrence vigoureuse. Ces agissements pourraient inclure les restrictions verticales citées plus haut mais s'étendre également aux pratiques unilatérales telles que la tarification abusive ou le refus de traiter. Le point important ici est que tous les pays prévoient d'une manière ou d'une autre de sanctionner ces pratiques abusives à l'aide de procédures administratives ou civiles. Dans certains pays, la politique de la concurrence est habilitée à réprimer ces comportements abusifs lorsqu'ils sont le fait d'entités privées ou publiques.

21. Dans le domaine de la politique commerciale, la suppression des barrières tarifaires et des principaux obstacles non tarifaires aux échanges, soit de manière autonome, soit par le biais de concessions négociées, constitue le moyen de favoriser les objectifs d'efficience allocative et productive. Cette démarche peut être axée sur des produits ou des secteurs déterminés ou se traduire par des mesures générales. A titre d'exemple, une négociation tarifaire qui aboutit à une réduction du tarif consolidé pour un produit déterminé peut abaisser le prix pour les consommateurs ainsi que les coûts de production d'autres fabricants pour lesquels le produit en question constitue un intrant important. De même, les négociations commerciales qui ouvrent certains secteurs de services aux fournisseurs étrangers sont susceptibles de réduire en conséquence les prix pour les consommateurs et les coûts pour d'autres producteurs.

22. Dans le cas des marchandises, la politique commerciale opère aussi par le biais de disciplines fondées sur des règles telles que le traitement national (Article III du GATT), la clause de la nation la plus favorisée (clause NPF – Article I du GATT) et la suppression générale des restrictions quantitatives (Article XI du GATT). Ces obligations ont pour résultat que les réductions du niveau de protection (*via* la clause NPF) font apparaître pour le marché concerné des sources d'approvisionnement (mondiales) au moindre coût. Le traitement national peut répondre aux deux objectifs à la fois en faisant en sorte que les marchandises étrangères ou (le cas échéant) les prestataires étrangers de services reçoivent un traitement réglementaire non moins favorable que celui réservé aux marchandises ou aux prestataires de services nationaux.



23. La politique commerciale manifeste de plusieurs manières sa préoccupation à l'égard de l'exclusion et de la forclusion du marché. Ainsi, l'exclusion peut être combattue par la négociation de droits d'accès aux marchés, sous la forme de concessions commerciales réciproques. A cet égard, l'Accord de l'OMC sur les services de télécommunications de base conclu en février 1997 constitue un bon exemple. L'exclusion peut aussi être traitée par l'application du principe du traitement national à des mesures gouvernementales qui auraient autrement pour effet de restreindre l'accès aux marchés. Il faut cependant souligner que lorsque la politique commerciale traite ces questions, elle le fait souvent selon des modalités négociées et progressives, contrairement à l'approche au cas par cas adoptée pour la mise en œuvre de la politique nationale de la concurrence.

**b) *Parenté structurelle***

24. On peut noter aussi certaines similitudes "structurelles" entre les deux domaines d'action. Ainsi, la politique de la concurrence comme la politique des échanges reconnaissent une catégorie restreinte de pratiques qui ne sont pas permises ou qui sont en soi illicites. Dans le domaine de la politique commerciale, l'interdiction du recours à des restrictions quantitatives en vertu de l'Article XI du GATT a une portée assez générale, surtout après la ratification de l'Accord multilatéral sur les sauvegardes conclu dans le cadre du cycle d'Uruguay, qui prévoit la suppression de la limitation volontaire des exportations, des accords de commercialisation ordonnée ou de toutes autres mesures similaires à l'exportation ou à l'importation (y compris les ententes obligatoires à l'importation et les systèmes discrétionnaires d'autorisation des exportations et des importations, toutes ces mesures ayant pour effet d'assurer une protection). Dans de nombreux pays, abstraction faite des problèmes de définition connexes, la politique de la concurrence considère comme illicites en soi une catégorie d'ententes "injustifiées" pour lesquelles on ne peut invoquer aucun gain d'efficience. Pour les pratiques qui n'entrent pas dans la catégorie limitée des agissements par nature illicites, la politique de la concurrence comme la politique commerciale recourent dans une large mesure à une analyse factuelle détaillée qui peut être effectuée dans des cadres administratifs ou judiciaires. On verra ci-après comment ces cadres peuvent varier du point de vue de certaines pratiques et procédures.

**c) *Dispositifs institutionnels***

25. Les mécanismes institutionnels de mise en œuvre de la politique de la concurrence reflètent les particularités et l'héritage des systèmes administratifs et judiciaires de chaque pays. En conséquence, dans certains pays, la mise en œuvre demeure une prérogative politique. Dans d'autres, elle est assurée à des degrés divers par des autorités indépendantes. Ailleurs, elle relève d'un système mixte. Dans certains pays, la mise en application est du ressort d'organes administratifs et n'est effectuée qu'à titre secondaire par les tribunaux, alors que dans d'autres, les tribunaux et les organismes administratifs offrent les principales voies de recours. Dans ce dernier cas, les droits privés d'ester en justice permettent à des parties privées de présenter leurs réclamations. Dans certains pays, les remèdes sont administratifs et consistent uniquement en amendes ou en amendes associées à des constats de nullité, tandis que dans d'autres, les remèdes peuvent inclure des amendes civiles ou pénales, des peines de prison et des injonctions. Dans un nombre croissant de pays, les directives administratives, les directives d'application et les avis consultatifs interviennent dans la stratégie de mise en œuvre.

26. De même, la politique commerciale est mise en œuvre par un éventail d'institutions. La libéralisation est souvent unilatérale, et résulte d'un processus associant plusieurs organismes sous l'autorité ministérielle. Dans certains cas, elle est entreprise dans le cadre d'un accord régional de libéralisation impliquant des négociations intergouvernementales. Parfois encore, elle peut être le fruit d'une négociation multilatérale. Dans tous les cas, il s'agit d'un processus essentiellement politique engagé

par les gouvernements. Toutefois, son statut dans le droit, la réglementation intérieurs, etc. est complexe. Suivant le pays concerné, un ensemble d'organismes administratifs, d'institutions politiques et de tribunaux entrent en jeu. Contrairement au cadre de la politique de la concurrence, les engagements commerciaux sont, eux aussi, de plus en plus soumis à des règles multilatérales contraignantes. Toute entorse à ces accords intergouvernementaux peut autoriser les États lésés à prendre des contre-mesures conformément aux accords internationaux pertinents (par exemple l'OMC).

27. Étant donné la grande diversité des institutions dans les deux domaines, il est difficile de dire sur quels points ces différences spécifiques entre les institutions compétentes pour les échanges et pour la concurrence donnent naissance à ce qui peut être décrit comme des "incohérences".

## V. Quand y a-t-il "incohérence" ?

28. Dans les sections ci-dessus, on s'est efforcé d'établir un premier recensement non exhaustif des domaines potentiels où il semble exister des similitudes, des complémentarités et des divergences ou des différences manifestes entre les deux domaines d'action.

29. Mais ces éléments en eux-mêmes n'impliquent pas nécessairement qu'il existe des "incohérences" en ce sens qu'un domaine d'action empiète sur l'autre ou est en conflit avec celui-ci. Cette dernière considération est sans doute l'aspect le plus important à analyser étant donné sa portée pratique.

30. Il faut dire, dans ce contexte, que bon nombre des questions mises en lumière ci-dessus peuvent ne pas donner lieu à des incohérences dans la pratique. Il s'agit de différences d'objectifs ou de domaines d'action qui font que la mise en œuvre efficace d'une politique n'a pas de conséquences particulièrement préjudiciables pour l'autre politique. Bien entendu, avec l'intégration des marchés il devient encore plus important de savoir si des cohérences ou des incohérences existent – non pas seulement pour éviter les conflits, mais aussi pour maximiser la cohérence des politiques.

31. Dans cette optique, les questions ci-après représentent une première tentative pour définir quelques domaines dans lesquels certains ont affirmé qu'il peut exister des problèmes de cohérence plus concrets :

- Ainsi que l'on a pu le noter ci-dessus, la libéralisation des échanges implique une ouverture des marchés obtenue par la réduction des barrières tarifaires et non tarifaires. Dans certains cas, cette libéralisation est consolidée au moyen d'engagements contraignants à l'échelle multilatérale. L'existence de certaines exclusions dans l'application des politiques nationales de la concurrence pose-t-elle un réel problème ? Si l'on considère qu'il y a bien un problème de cohérence, faut-il y voir principalement a) un domaine dans lequel il existe une perspective d'ouverture et d'amélioration de l'accès aux marchés par suite de modifications dans l'application du droit de la concurrence, et/ou b) un domaine dans lequel les engagements existants se trouvent en fait compromis et les attentes légitimes déçues ?
- Dans de nombreux pays les ententes à l'exportation continuent d'échapper aux lois antitrust. Existe-t-il une opinion partagée selon laquelle ces ententes ont généralement pour effet de majorer les prix pour les consommateurs étrangers ou de faciliter d'une autre manière les pratiques anticoncurrentielles au détriment des consommateurs étrangers ?<sup>2</sup> Dans l'affirmative, cela pose-t-il des problèmes de cohérence entre les politiques des échanges et de la concurrence ? Est-il possible que des mesures visant à réprimer ces pratiques dans le cadre de la politique des échanges et/ou dans le cadre de la politique de la concurrence puissent aboutir à des résultats contradictoires ?

- Dans le domaine des monopoles d'État ou des entités dotées de privilèges exclusifs ou spéciaux, a-t-on des raisons de penser que les disciplines respectives des règles commerciales internationales et du droit de la concurrence peuvent aboutir à un conflit ? A l'inverse, est-il possible de faire en sorte que ces politiques opèrent de manière plus cohérente pour atteindre les objectifs communs aux deux domaines d'action ?
- Y a-t-il lieu de penser que la recherche d'accords de coopération bilatérale ou de courtoisie positive soulève un problème de cohérence en ce qui concerne les obligations commerciales internationales ? Est-on assuré que ces dispositifs sont compatibles avec les obligations de traitement national et d'octroi du régime NPF inscrites dans l'OMC ?
- Quelles sont les mesures commerciales aux frontières résiduelles qui créent des éléments d'incohérence pour les politiques nationales de la concurrence ? Y a-t-il des secteurs marquants dans lesquels l'application de mesures gouvernementales aux frontières affecte concrètement la mise en œuvre du droit de la concurrence ?
- Estime-t-on qu'il existe une incohérence entre la façon dont les recours commerciaux sont appliqués en vertu du droit commercial et la façon dont le droit et la politique de la concurrence répriment les pratiques abusives et la fixation de prix excessivement bas ? Dans l'affirmative, existe-t-il des différences pertinentes dans les objectifs d'action de chaque domaine qui rendent compte de cette incohérence ?
- A-t-on des raisons de penser que la politique de la concurrence, lorsqu'elle s'applique concrètement, par exemple, aux restrictions verticales, peut adopter une perspective fondée sur les gains d'efficacité nets pour l'économie nationale qui soit incompatible avec une perspective de politique commerciale qui cherche à prendre en compte les effets d'efficacité sur le marché "étranger" ou mondial ? Dans l'affirmative, s'agit-il d'une incohérence plus théorique que réelle ? S'agit-il également d'une incohérence qui concerne plus précisément le maintien d'engagements commerciaux multilatéraux négociés ?
- Y a-t-il lieu de penser que la façon dont le droit de la concurrence s'applique aux organismes de normalisation ou aux associations d'habilitation professionnelle peut engendrer des incompatibilités avec les droits et obligations en vertu des accords commerciaux internationaux, et inversement ?

## Conclusions

32. On a cherché dans cette note à donner un aperçu des diverses cohérences et incohérences possibles entre le domaine de la politique commerciale et celui de la politique de la concurrence. Pour l'essentiel, il apparaît que les deux politiques sont globalement compatibles ou se renforcent mutuellement. Toutefois, elles présentent aussi des différences. Dans certains cas, cela reflète les aspects distincts abordés par chaque politique. Dans d'autres, cela tient au fait que l'une ou l'autre (ou les deux) doivent jouer leur rôle – et être intégrées – dans d'autres objectifs d'action qui sont de la responsabilité souveraine des gouvernements. Il peut en résulter des différences de perspective ou d'approche. On a également observé qu'il existe des ressemblances dans les instruments d'action et les institutions utilisés pour l'exercice de leurs fonctions, même si l'ampleur des variations permet difficilement de tirer des conclusions fermes sur ce point.

33. Il semble important de souligner que même si des différences apparaissent dans l'application des deux politiques, on ne perçoit pas encore bien clairement dans quelle mesure ces différences entravent effectivement la mise en œuvre de l'une ou l'autre des politiques.

34. Il est proposé que, dans une optique concrète, on s'attache davantage, à l'avenir, à définir dans quels domaines ces incohérences potentielles peuvent ou non apparaître. Les questions esquissées ci-dessus représentent une première tentative pour identifier des domaines possibles. Une telle démarche éviterait l'écueil d'un débat excessivement académique ou abstrait. Il s'agirait plutôt de déterminer s'il existe un problème de fond tangible à résoudre. Nous estimons que c'est là l'action la plus appropriée à entreprendre dans l'immédiat.

**ADDENDUM**  
**ANALYSE DÉTAILLÉE DE CERTAINS ÉLÉMENTS DU PARAGRAPHE 31**

Lors de la 6ème réunion du Groupe conjoint tenue le 6 février 1998, le Secrétariat a été chargé de développer certains éléments du paragraphe 31, et il a été convenu que les délégations soumettraient de nouvelles propositions écrites tendant à détailler d'autres éléments de ce même paragraphe, et à recenser, pour examen, les cas concrets faisant l'objet d'une analyse dans la double optique des échanges et de la concurrence. Une contribution écrite souhaitait que soient développés les alinéas 6 (sur les questions relatives aux mesures commerciales de recours), 7 (restrictions verticales) et 8 (propriété intellectuelle) du paragraphe 31.

Cet addendum traite directement deux de ces questions : les mesures commerciales de recours et la propriété intellectuelle. L'examen des objectifs d'efficience a été réalisé dans une certaine mesure avec la modification du texte principal, et plus spécialement dans cet addendum en ce qui concerne la propriété intellectuelle. S'agissant des restrictions verticales, les délégués peuvent se reporter au document COM/DAFFE/CLP/TD(98)47/FINAL.

**Mesures commerciales de recours**

Pour simplifier l'analyse, cette section ne traite que deux mesures commerciales de recours. Plus précisément, elle examine les mesures de sauvegardes et les actions antidumping, et compare certains de leurs aspects avec deux types d'interdictions observées dans le droit de la concurrence – l'interdiction de la discrimination par les prix et l'interdiction des prix abusifs. Sont d'abord examinés les divers objectifs des lois sur les recours commerciaux ; suivent une analyse de la définition du marché, une étude du traitement de la discrimination sur les prix en droit commercial et en droit de la concurrence, une comparaison des dispositions sur les prix abusifs en droit commercial et en droit de la concurrence, une comparaison entre la détermination du "dommage" dans le droit commercial et la preuve de l'effet anticoncurrentiel dans le droit de la concurrence et, enfin, une analyse des procédures et des recours.

***Objectifs des lois sur les recours commerciaux***

Il existe trois grands dispositifs de recours en matière commerciale : les mesures antidumping, les subventions et droits compensateurs, et les sauvegardes. Cette section examinera plus spécialement les actions antidumping et les sauvegardes.

L'Accord de l'OMC sur les sauvegardes autorise un Membre à appliquer des mesures de ce type lorsqu'un produit est importé sur son territoire en quantité tellement accrue et à des conditions telles qu'il cause ou menace de causer un dommage grave à une branche de production nationale. Ces mesures sont sujettes à des disciplines et à des dates limites rigoureuses, et elles ne peuvent être appliquées que dans la mesure nécessaire pour prévenir ou réparer le dommage grave. Aux fins de la présente analyse, l'aspect peut-être le plus significatif de l'Accord de l'OMC sur les sauvegardes est la complémentarité entre la politique des échanges et la politique de la concurrence pour certaines mesures prohibées. L'Article 11 prévoit que les Membres ne chercheront pas à prendre, ne prendront ni ne maintiendront de mesures

d'autolimitation des exportations, d'arrangements de commercialisation ordonnés ou toute autre mesure similaire à l'exportation ou à l'importation. La note 4 à l'Accord donne des exemples de ces mesures similaires : la modération des exportations, les systèmes de surveillance des prix à l'exportation et à l'importation, la surveillance des exportations et des importations, les ententes obligatoires à l'importation et les systèmes discrétionnaires de licences d'exportation ou d'importation, toutes ces mesures ayant pour effet d'assurer une protection.

Il convient de garder à l'esprit que, dans l'évolution des pratiques du GATT/OMC et de diverses législations commerciales nationales, un lien a eu tendance à se créer entre les politiques antidumping et celles ayant trait au problème des sauvegardes. Dans cette optique "réaliste", les lois antidumping reflètent la conviction persistante des gouvernements selon laquelle la libéralisation des échanges et de l'investissement et l'intégration des marchés sont encore inachevées. Par conséquent, les gouvernements conservent un système fondé sur les règles pour protéger leurs industries nationales contre des pratiques commerciales déloyales ou abusives qui découlent du caractère incomplet de la libéralisation des échanges et de l'investissement, en dépit des progrès considérables accomplis au cours des cinquante dernières années. De ce point de vue, les lois antidumping ne visent pas principalement la discrimination anticoncurrentielle par les prix, la prédation ou l'exclusion ni leurs effets sur le bien-être des consommateurs dans le court terme. De fait, les lois antidumping représentent une action disciplinée, soumise à des accords multilatéraux contraignants, pour faire en sorte que les conditions concurrentielles entre les biens et entreprises nationaux et étrangers soient préservées de façon à pouvoir maintenir le consensus politique pour une libéralisation des échanges et de l'investissement, avec ses retombées positives substantielles sur le bien-être des consommateurs dans le long terme.

### *Définition du marché*

Le droit de la concurrence vise essentiellement les effets sur la concurrence, et sur des acheteurs spécifiques, et non les effets sur des entreprises spécifiques. Les effets sur la concurrence de pratiques déterminées sont évalués à l'intérieur d'un marché de produits "pertinent", qui est défini en fonction de la capacité et de la volonté démontrées des acheteurs de procéder à des substitutions entre différents produits similaires et entre leurs fournisseurs. A cet égard, la définition du marché est une mesure technique cruciale pour l'application du droit de la concurrence.

La politique commerciale ne s'attache pas nécessairement aux effets sur un éventail "concurrentiel" de produits. De fait, les concessions tarifaires négociées résultent d'un processus négocié à l'échelon politique, dans le cadre duquel les gouvernements "échantonnent" des réductions sur certains produits contre des réductions tarifaires réciproques dans certaines catégories de produits étrangers. Il n'existe pas de conditions fondamentales stipulant que la clause NPF ou le principe du traitement national s'applique à un éventail de produits "concurrentiels". Il se peut qu'un gouvernement se soit engagé à accorder un traitement particulier au produit d'un partenaire figurant sur le tarif douanier. Même si la concession tarifaire porte sur un produit figurant dans la même ligne de la Nomenclature douanière harmonisée, il n'est pas nécessairement vrai que tous les produits concurrents à l'intérieur de cette classification bénéficient d'un traitement similaire. Le gouvernement concerné peut avoir choisi d'accorder un traitement tarifaire différent à une sous-catégorie particulière. Toutefois, il existe des situations où certaines conditions de concurrence, notamment en ce qui concerne les effets de substitution au niveau de la demande, entrent en considération (voir par exemple les cas récents de l'OMC relatifs à l'Article III). Dans les enquêtes en matière de droits antidumping et compensateurs la substituabilité de la demande est prise en compte jusqu'à un certain point dans les déterminations du "produit similaire" pour les déterminations des droits antidumping et compensateurs et du "préjudice national" pour les déterminations du dommage matériel.

Pour être efficaces, les concessions négociées réciproques dépendent très fortement de la cohérence et de la prévisibilité du traitement applicable. Il serait très difficile d'appliquer la définition *ex post* du marché spécifique de la politique de la concurrence aux objectifs de négociation *ex ante* de la politique commerciale.

### ***Action antidumping et discrimination par les prix***

A ce stade, il convient de noter que les possibilités de dumping peuvent être facilitées par une segmentation du marché résultant par exemple de barrières tarifaires ou d'autres obstacles tels que les normes, les procédures d'essai de normes, les systèmes de distribution fermés ou une application insuffisante du droit de la concurrence dans le pays exportateur. Sans ces restrictions ou distorsions, les différences de prix par rapport à d'autres marchés se trouveraient réduites du fait de la concurrence des importations. Lorsqu'une concurrence active des importations s'exerce sur un marché, exporter à des prix de dumping à partir de ce marché ne présente pas normalement d'intérêt, puisqu'une partie au moins des marchandises vendues à bas prix serait réexportée vers le pays d'origine, avec pour conséquence un arbitrage sur les prix qui nuirait à l'activité intérieure de l'exportateur. Pour cette raison, les parties à certains accords de libre-échange sont convenues de restreindre ou de supprimer la mesure commerciale antidumping. En revanche, le cloisonnement du marché permet aux exportateurs de maintenir des prix plus élevés sur leur marché national et de compenser ainsi des prix à l'exportation plus réduits.<sup>3</sup>

Les lois antidumping sont principalement dirigées contre la différenciation abusive des prix au niveau international. Dans ces cas, il existe, semble-t-il, une ressemblance au moins générale entre le dommage dans l'optique des lois antidumping et le dommage "primaire"<sup>4</sup> dans l'optique du droit de la concurrence en ce qui concerne la discrimination par les prix. Cependant, dans certains pays (mais non dans tous), les actions intentées dans un contexte national doivent démontrer que la discrimination par les prix porte préjudice à la concurrence (ce thème est analysé ci-après de façon plus détaillée) et non simplement à des concurrents particuliers. De plus, dans certains pays, une plainte pour discrimination par les prix peut se voir opposer des mécanismes de défense tels que "l'alignement sur la concurrence", c'est-à-dire le fait pour un concurrent d'abaisser son prix dans une zone déterminée pour concurrencer le prix le plus bas en vigueur dans cette zone. Il n'existe pas de dispositif de défense similaire dans les affaires de dumping.

### ***Action antidumping et prix d'éviction***

Certains pays considèrent que les lois antidumping visent essentiellement les problèmes d'éviction, ce qui conduit à comparer les niveaux de preuve exigés en droit commercial et en droit de la concurrence.<sup>5</sup> Toutefois, d'autres pays considèrent que les lois antidumping ne visent pas les problèmes d'éviction. Quoi qu'il en soit, dans la plupart des pays, les autorités chargées de la concurrence utilisent une mesure supplétive des coûts marginaux, comme les coûts variables moyens ou les coûts intégralement imputés, pour déterminer si des prix d'éviction sont pratiqués. De ce point de vue, la notion d'éviction est moins stricte. L'éviction dans le contexte de la lutte antidumping n'est pas directement liée à une norme de coût, sauf si des coûts "calculés" interviennent, auquel cas on utilise une valeur supplétive du coût total moyen. De fait, les lois antidumping visent principalement la discrimination par les prix à l'échelle internationale et non les prix d'éviction en soi. Il convient de noter que ni l'Article VI du GATT 1994 ni l'Accord de l'OMC sur la lutte antidumping ne font référence à l'éviction.

En outre, comme on le verra plus loin, il existe des différences sensibles entre les dispositions antidumping et les dispositions sur les prix d'éviction concernant les conditions relatives au dommage et aux effets anticoncurrentiels.

### ***Détermination du dommage et des effets anticoncurrentiels***

Une composante clé de l'analyse antidumping réside dans l'évaluation du dommage matériel pour la branche d'industrie nationale. En ce qui concerne la discrimination par les prix et la pratique de prix d'éviction, dans la plupart des pays le droit de la concurrence implique un examen des effets sur la concurrence de la pratique soumise à l'enquête.

Cela dit, en droit de la concurrence la question des prix d'éviction ne se pose généralement pas à moins qu'un critère de pouvoir de marché ne soit vérifié. Autrement dit, si la structure de marché et les conditions d'entrée ne créent pas un risque réel d'éviction réussie, c'est-à-dire un effet anticoncurrentiel qui réduit le bien-être du consommateur, il n'est pas nécessaire de se livrer à des calculs de coûts complexes.

En revanche, les lois antidumping traitent de l'impact des importations "au rabais" sur la branche de production nationale. Pour la détermination à effectuer sur ce point, l'Accord de l'OMC sur la mise en œuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 exige que soient pris en compte "tous les facteurs et indices économiques pertinents qui influent sur la situation de cette branche, y compris les suivants : diminution effective et potentielle des ventes, des bénéfices, de la production, de la part de marché, de la productivité, du retour sur investissement ou de l'utilisation des capacités ; facteurs qui influent sur les prix intérieurs ; importance de la marge de dumping ; effets négatifs, effectifs et potentiels, sur le flux de liquidités, les stocks, l'emploi, les salaires, la croissance, la capacité de se procurer des capitaux ou l'investissement." En vertu des règles de l'OMC, la détermination du dommage implique une enquête distincte de la détermination des marges de dumping. Lorsque le dommage ne peut être démontré, l'analyse prend fin, que l'existence d'une marge de dumping ait été ou non démontrée. Par ailleurs, les règles de l'OMC stipulent que "la clôture de l'enquête sera immédiate dans les cas où les autorités détermineront que la marge de dumping est *de minimis* (inférieure à 2 pour cent du prix à l'exportation), ou que le volume des importations (généralement moins de 3 pour cent pour un pays particulier), effectives ou potentielles, ou le dommage, est négligeable."

Indépendamment du caractère limité de la catégorie d'opérations que différents pays interdisent comme étant en soi illégales au regard de leur politique nationale de la concurrence, le dispositif d'application du droit de la concurrence exige normalement une preuve du dommage avant qu'une réparation ne soit appliquée. Dans le contexte des échanges, le cadre GATT-OMC prescrit que les autorités examinent tout facteur connu autre que l'importation à prix de dumping qui occasionne en même temps un dommage à la branche d'activité nationale, et les dommages occasionnés par ces facteurs ne doivent pas être imputés aux importations à prix de dumping. Il convient de noter que l'UE et le Canada ont des dispositions législatives prévoyant que les considérations d'intérêt public sont 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).<sup>6</sup>

### ***Procédures et recours***

Dans les pays où les amendes pour violation du droit de la concurrence se limitent à des dommages-intérêts compensateurs à l'exclusion des dommages à titre de sanction, il semble difficile de distinguer entre les deux approches de la détermination du dommage, si ce n'est que, comme on l'a déjà indiqué, dans les affaires relevant de la concurrence il est exigé en général une preuve du dommage à l'encontre de la concurrence ainsi qu'une preuve du dommage envers des entreprises particulières.<sup>7</sup> Dans



les deux cas, toutefois, il est important d'évaluer les pratiques en vigueur avant toute comparaison systématique.

L'interrelation entre les mesures correctrices prévues par la politique des échanges et la politique de la concurrence est complexe en ce sens que l'utilisation des unes peut avoir un effet sur la nécessité d'utiliser les autres. Ainsi, un certain nombre de fusions normalement anticoncurrentielles peuvent être approuvées sous réserve de la levée des recours commerciaux existants de sorte que l'entreprise issue de la fusion pourrait être soumise à une concurrence par les prix du fait de l'intensification de la concurrence des importations. Il se peut aussi que lorsque des engagements sur les prix 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 concurrence. Les restrictions volontaires des exportations pourraient également se prêter à une analyse similaire, mais elles ont été supprimées par l'Accord de l'OMC sur les sauvegardes mentionné plus haut.

Il convient aussi de noter que les prescriptions en vigueur pour l'ouverture d'une enquête de dumping dans le cadre GATT-OMC peuvent être considérées comme étant plus strictes pour le plaignant que dans le cas des procédures du droit de la concurrence. Une plainte pour dumping n'est recevable que si elle est déposée par des producteurs nationaux qui constituent plus de 50 pour cent de la production nationale du produit similaire. Cette clause de recevabilité élevée peut faire obstacle aux poursuites abusives ou anticoncurrentielles. Il pourrait être intéressant d'examiner dans quelles circonstances cette obligation faciliterait des manœuvres collusives de la part des concurrents. En droit de la concurrence, les clauses de recevabilité sont moins strictes. Toutefois, avant d'être autorisées à saisir les organismes chargés de la concurrence ou les tribunaux, les parties doivent généralement démontrer, d'une façon ou d'une autre, qu'elles sont exposées à un dommage potentiel du fait des pratiques réputées anticoncurrentielles.

De même, les enquêtes concernant les droits antidumping et compensateurs sont désormais soumises à des calendriers négociés rigoureux inscrits dans les accords de l'OMC. En revanche, dans les affaires relevant du droit de la concurrence, il n'y a pas d'accord multilatéral de ce type et il n'existe guère de prescription en droit national qui limite les délais de prise de décision.

Certains pays considèrent que les différences examinées ci-dessus ne reflètent pas nécessairement des incohérences entre la politique des échanges et la politique de la concurrence, qui sont (comme indiqué au paragraphe 2 du document COM/TD/DAFFE/CLP(98)98/REV1 - Complémentarités entre la politique commerciale et la politique de la concurrence) "en général complémentaires et se renforcent l'une l'autre". Il faut plutôt tenir compte des objectifs particuliers et des cadres juridiques, économiques et institutionnels dans lesquels s'inscrivent les deux politiques. Cela dit, d'autres pays considèrent que les différences examinées ci-dessus reflètent des incohérences entre la politique des échanges et la politique de la concurrence.

### ***Propriété intellectuelle***

La propriété intellectuelle offre un exemple très intéressant de la relation entre la politique de la concurrence et la politique commerciale. Cela tient en partie aux objectifs d'efficacité des deux politiques examinés au paragraphe 13 de ce document qui traite de la relation entre l'efficacité productive, l'efficacité allocative et l'efficacité dynamique.

Si l'intervention de l'État entrave le développement de nouvelles technologies, de nouveaux procédés ou de nouveaux produits, au fil du temps, les effets cumulés sur le bien-être l'emporteront même sur des variations ponctuelles accusées de l'efficacité statique, allocative ou productive. Outre ses effets

sur l'efficacité, l'innovation induit un accroissement important de la concurrence à la fois en apportant de nouvelles caractéristiques et qualités à des produits et services existants et en créant des produits et services entièrement inédits qui peuvent permettre de supplanter les fournisseurs existants. Pour ces raisons, les autorités chargées de la concurrence accordent désormais une grande place à l'innovation. Il subsiste néanmoins un intense débat sur le meilleur moyen de faciliter l'innovation qui est au cœur des objectifs de la politique commerciale et de la politique de la concurrence en ce qui concerne la propriété intellectuelle. Certains analystes font valoir que la protection des droits de propriété intellectuelle stimule l'innovation en assurant la rémunération de l'investisseur, tout en permettant la diffusion des idées qui facilitent la poursuite de l'innovation. Cette diffusion découle en partie du fait que les demandes de brevets doivent faire l'objet d'une publication avant que la protection ne s'exerce. Tandis que les droits de propriété intellectuelle sont susceptibles de promouvoir la création et la diffusion d'innovations primaires, d'autres estiment qu'ils risquent de ralentir ou d'entraver l'innovation secondaire. Cependant, d'autres considèrent que des droits de propriété intellectuelle trop étendus peuvent freiner ou décourager l'innovation en réduisant le rythme de diffusion des idées ou en affaiblissant les incitations à poursuivre la mise au point d'inventions nouvelles, faute d'une concurrence active qui stimule l'innovateur<sup>8</sup>. Ces problèmes sont neutralisés par les facteurs suivants : a) un brevet doit décrire les inventions assez clairement pour permettre à d'autres de l'utiliser ; b) la plupart des pays appliquent des exceptions aux droits de brevet au titre de la recherche ; enfin c) un investissement rentable peut inciter d'autres chercheurs à inventer "aux marges" du brevet, ce qui est de nature à stimuler la concurrence.

Ainsi, tandis que les autorités chargées de la concurrence appliquent les mêmes normes et les mêmes méthodes analytiques à la propriété intellectuelle et aux autres formes de propriété, la nécessité de préserver ou de favoriser l'efficacité dynamique peut affecter le résultat dans certains cas. Pour cette raison, lorsque la politique de la concurrence vise l'efficacité dynamique, comme c'est souvent le cas pour la protection de la propriété intellectuelle, il est judicieux d'évaluer aussi précisément que possible ces éléments d'efficacité au regard des effets anticoncurrentiels éventuels. Les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, du Ministère de la Justice des États-Unis et de la *US Federal Trade Commission* publiés en 1995 et le Règlement d'exemption en matière de transfert de technologie de l'UE de 1996 énoncent certains principes utiles pour analyser la manière dont la politique de la concurrence s'applique à la propriété intellectuelle.

L'OMC a traité des problèmes de propriété intellectuelle dans son Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). De même que le droit de la concurrence, l'Accord sur les ADPIC respecte généralement les droits de propriété intellectuelle, sous réserve des règles et pratiques édictées dans les précédents accords et conventions internationaux relatifs à la propriété intellectuelle, et énonce les normes minimales à appliquer dans le droit national. Comme le droit de la concurrence, l'Accord sur les ADPIC vise également à combattre les pratiques anticoncurrentielles dans le contexte des licences contractuelles. Par exemple, l'Article 8 stipule que chaque pays peut prendre les mesures nécessaires pour éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle. Les Articles 31 et 32 traitent aussi de l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle en fixant des règles pour l'application du droit de la concurrence (mesures prises par une autorité chargée de la concurrence et dans le cadre d'une décision judiciaire). L'Article 40 (2) stipule qu'aucune disposition de l'Accord sur les ADPIC n'empêchera les Membres de spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui pourront, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré. De plus, un Membre peut adopter des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler ces pratiques, qui peuvent comprendre, par exemple, des clauses de rétrocession exclusives, des conditions empêchant la contestation de la validité et un régime coercitif de licences groupées, à la lumière des lois et réglementations pertinentes dudit Membre. A cet égard, on peut estimer pour le moins que l'Accord fonctionne, du moins en partie, en tenant compte de l'application de la politique nationale de la

concurrence. De la sorte, la politique commerciale et la politique de la concurrence se renforcent mutuellement.

L'Article 6 de l'Accord sur les ADPIC stipule qu'aucune disposition de l'Accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. La question de l'épuisement porte sur le point de savoir si les importations parallèles devraient ou non être interdites. Cela dit, il se peut aussi que la politique commerciale autorise, au nom de l'efficacité allocative et productive, l'échange sur le marché gris de biens protégés par des droits d'auteur ou des marques de fabrique, alors que la politique commerciale et la législation sur la propriété intellectuelle (opérant dans l'optique de l'efficacité dynamique) n'en feraient pas de même dans tous les pays<sup>9</sup>.

Les politiques des échanges et de la concurrence peuvent aussi avoir des objectifs similaires pour la fixation de normes. Il se peut que l'innovation ou l'adoption d'une technologie particulière dépende d'une entente générale ou d'un consensus sectoriel sur des normes, par exemple en ce qui concerne l'accès ou l'interconnexion. Dans ces cas, les deux politiques se préoccupent également des possibilités d'abus. L'Accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce vise à répondre à cette préoccupation grâce à une approche *ex ante* élargie en vertu de laquelle il incombe aux gouvernements de veiller à ce que le "traitement national" soit appliqué par les entités gouvernementales et non gouvernementales. D'un autre côté, le droit de la concurrence tend à combattre l'abus de normes professionnelles par une mise en œuvre au cas par cas. Cela dit, dans la mesure où les actions et sanctions individuelles altèrent les incitations conduisant les parties à adopter des pratiques discriminatoires en matière de fixation de normes, la politique de la concurrence pourrait également avoir un effet *ex ante*. Par conséquent, tandis que les deux stratégies peuvent recourir à des moyens différents pour atteindre des objectifs similaires, ces différences n'engendrent pas nécessairement un manque de cohérence dans l'application, et les deux approches peuvent même se renforcer mutuellement.

## NOTES ET RÉFÉRENCES

1. Dans certains pays, le souci des gains d'efficacité productive dans l'optique de la politique de la concurrence peut aboutir dans certaines circonstances à ce que des fusions qui réduisent les coûts pour les concurrents soient approuvées malgré une diminution à court terme du bien-être du consommateur par suite des hausses de prix.
2. Il se peut que les ententes à l'exportation "injustifiées" risquent davantage d'être préjudiciables aux consommateurs étrangers que d'autres formes d'accords de coopération à l'exportation qui permettent simplement aux petits exportateurs de se montrer compétitifs sur un marché étranger, et instaurent ainsi une importante concurrence par les prix sur ce marché.
3. Lorsque des pays exportateurs ont des obstacles aux échanges qui empêchent la réimportation de biens exportés, on peut considérer que les lois antidumping ont des objectifs analogues à ceux des lois sur la concurrence qui traitent de la discrimination par les prix. Dans ces cas-là, on peut peut-être régler la question du cloisonnement des marchés en traitant directement les problèmes des obstacles aux échanges au lieu de discrimination par les prix.
4. Dans certains pays, par exemple les États-Unis, le droit de la concurrence fait une distinction entre le dommage "primaire", le dommage "secondaire" et le dommage "tertiaire". Le dommage primaire concerne le préjudice occasionné aux concurrents de l'entreprise, tandis que le dommage secondaire concerne le préjudice occasionné aux entreprises en aval désavantagées par rapport à d'autres entreprises en aval. Le dommage tertiaire est le préjudice occasionné aux clients des acheteurs désavantagés.
5. Cependant, on peut faire observer qu'il n'existe pas d'obligation explicite ou implicite en matière de prix d'éviction dans les Accords GATT/OMC, de même qu'il n'y a pas, semble-t-il, d'obligation relative aux prix d'éviction dans les textes d'application des lois sur les mesures correctrices commerciales des Membres.
6. Certains pays comme l'UE et le Canada sont allés plus loin et ont adopté une "règle du droit le plus faible". Dans sa législation antidumping, l'UE a inclus une règle qui prévoit que l'UE applique le plus faible des écarts suivants : prix dans le pays d'exportation diminué du prix de la marchandise exportée dans la Communauté, ou prix dans le pays d'exportation diminué de la "valeur calculée" de la marchandise exportée dans la Communauté. Le Canada a proposé récemment des modifications de sa loi antidumping qui autoriseraient le Tribunal canadien du commerce international (organisme qui effectue la détermination du dommage matériel à l'encontre d'une branche d'activité nationale) à recommander au Ministère des Finances un droit réduit qui serait néanmoins suffisant pour supprimer le préjudice ou la menace de préjudice et d'entrave à l'établissement ou à la croissance d'une branche d'activité.
7. Mais on notera que toutes les mesures correctrices commerciales ne sont pas "compensatoires". Certaines le sont indirectement, et d'autres sont plutôt de nature injonctive.
8. United States Federal Trade Commission, "Anticipating the 21st Century : Competition Policy in the New High Tech, Global Marketplace", Volume 1, Chapitre 6, (mai 1996).
9. Voir Joan Biskupic, "Court Lets Discounters Keep Selling US-Made Goods They Buy Overseas" Washington Post A7 (10 mars 1998).