

## OMC et droit de la concurrence

**Awatef MEDELLEL**

Maître-assistante en droit public  
Faculté des Sciences Juridiques Écono-  
miques et de Gestion de Jendouba  
Membre du Laboratoire de Valorisation  
du Patrimoine Naturel et Culturel  
Université de Jendouba

### المخلص

35

تتضمن منظمة التجارة العالمية قواعد تتعلق بالمنافسة كفيلة بصياغة قانون يُعالج قضايا المنافسة الدولية. ومع ذلك، فإن هذا القانون يحتاج إلى التكيف مع الواقع الجديد للتجارة العالمية. في الواقع، بينما يبدو إطار عمل المنظمة مُلائماً لضمان تنظيم المنافسة الدولية، إلا أن قانونها، من ناحية أخرى، لا يتناسب بشكل كافٍ مع الحالات المخلة بالمنافسة الناجمة عن عولمة الاقتصاد، وينبغي تحسينه وفقاً لذلك.

الكلمات المفتاحية: منظمة التجارة الدوليّة، التجارة الحرة، العولمة، المنافسة.

### Résumé

L'OMC dispose de règles concurrentielles capables de former un droit pouvant répondre aux problèmes de concurrence internationale. Toutefois, ce droit nécessite une adaptation aux nouvelles réalités du commerce mondial. En effet, si le cadre de l'Organisation paraît pertinent pour assurer la régulation de la concurrence interna-

tionale, son droit, en revanche, ne convient pas assez aux situations anticoncurrentielles procédant de la mondialisation des économies et devrait être amélioré en conséquence.

**Mots clés:** organisation mondiale du commerce, libre-échange, mondialisation, concurrence.

## Abstract

The WTO has competition rules capable of forming a body of law capable of responding to the problems of international competition. However, this law needs to be adapted to the new realities of world trade. Indeed, while the WTO framework seems appropriate for regulating international competition, its law is not sufficiently suited to the anti-competitive situations arising from the globalization of economies, and should be improved accordingly.

**Keywords:** World Trade Organization, free trade, globalization, competition.

36

## Introduction

Jusqu'à tout, 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 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 anticoncurrentielles<sup>(1)</sup>.

Presque une centaine d'États dans le monde disposent aujourd'hui d'un droit de la concurrence ainsi que des autorités de surveillance, dont plus de soixante ont également mis en place un contrôle des concentrations des entreprises économiques<sup>(2)</sup>. En cas de transactions

---

(1) Rioux (M.), «Vers un droit mondial de la concurrence?» Cahiers de recherche-CEIM (99-08), (GRIC), Université du Québec à Montréal, décembre 1999, p.5

(2) Idot (L), Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence – Le contrôle

transfrontalières, les différents codes de la concurrence peuvent entrer en conflit les uns avec les autres. Cette tendance est renforcée par la reconnaissance quasi-universelle du principe de l'effet: un droit national de la concurrence est applicable dès que le comportement en question produit des effets dans le commerce de ce pays<sup>(3)</sup>. Comme les actes d'une société multinationale 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<sup>(4)</sup>.

Dès lors, le danger des décisions administratives divergentes existe. Selon la dimension de la transaction, les solutions discordantes peuvent mener à des irritations politiques sérieuses, pouvant aller jusqu'à des sanctions économiques ou des guerres commerciales<sup>(5)</sup>.

Le meilleur exemple pour illustrer ces risques est celui des grandes fusions. Le projet de fusion des constructeurs d'avions *Boeing et McDonnell Douglas* qui avait été autorisé par les autorités antitrust américaines n'était admis par la Commission européenne qu'après de longues discussions, une certaine pression politique et des concessions d'envergure de la part des entreprises concernées<sup>(6)</sup>. En revanche, le projet de fusion entre *General Electric et Honeywell* a provoqué un scandale: bien que la fusion ait déjà été autorisée par les autorités américaines, la Commission européenne prononçait une interdiction<sup>(7)</sup>. L'affaire *GE/Honeywell* est toujours le sujet de pourparlers commerciaux transatlantiques<sup>(8)</sup>.

---

des concentrations, *Revue internationale de droit économique* 2002, p. 175.

(3) Heinemann (A.), «*La nécessité d'un droit mondial de la concurrence*», RIDE, N° 3/2004, p.294

(4) Ibid.

(5) Ibid.

(6) Commission européenne, 30.7.1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, IV/M.877, JO L 336/16.

(7) Commission européenne, 3.7.2001, *General Electric/Honeywell*, COMP/M.2220 (non encore au JO).

(8) L'interdiction n'est pas encore entrée en vigueur, les entreprises ayant présenté

À part ces cas spectaculaires, il y a des problèmes courants auxquels il est nécessaire de remédier. En cas de fusion internationale, les entreprises se voient toujours confrontées à l'obligation de notifier le projet à toutes les autorités concernées et de se conformer à toutes les législations applicables<sup>(9)</sup>. Cela crée des coûts considérables, soit à cause des nombreuses notifications à effectuer auprès de chaque autorité nationale, soit à cause des délais d'attente et de l'insécurité juridique qui résulte de l'implication d'un grand nombre d'ordres juridiques différents. Par conséquent, le problème des fusions multi-juridictionnelles a la plus grande importance pratique.

Les opérations de concentration ne sont pourtant pas les seules sources de conflits. Des problèmes se posent dans tous les domaines du droit de la concurrence. Dans l'affaire *Microsoft* par exemple, on reproche principalement un abus de la 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 d'environ 500 millions d'euros<sup>(10)</sup>.

Certes, ce sont des cas très récents qui suggèrent une intensification de la coopération bilatérale ou multilatérale en matière de politique de la concurrence. Mais l'idée que le domaine de la concurrence nécessite une concertation internationale accrue remonte aux années 1920. Le professeur parisien William Oualid avait demandé, en 1926, l'incorporation de règles sur le contrôle du comportement anticoncurrentiel privé dans le système de la Société des

---

un recours devant le tribunal européen de première instance.

(9) Dans la pratique, des notifications sont souvent faites dans environ une quinzaine de pays, v. Jenny (supra note 1), p. 29.

(10) *Commission européenne*, 24.3.2004, Microsoft, COMP/C-3/37.792 (non encore au JO, version provisoire disponible sur: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>).

Nations<sup>(11)</sup>. Sa proposition n'aboutit pas. Après la Seconde Guerre mondiale, le plan pour une «Organisation internationale du Commerce» (OIC)<sup>(12)</sup> sur la base de la Charte de la Havane contenait un chapitre sur les pratiques restrictives. Pourtant, après le rejet de la Charte par le Congrès américain, seul l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT)<sup>(13)</sup> put être sauvé du projet. Mais l'idée de la Havane d'y insérer des règles systématiques sur la concurrence n'a pas été reprise par le GATT.

En fait, depuis l'échec de la Charte de la Havane, les discussions sur un droit de la concurrence ne se sont jamais complètement estompées au sein de l'Organisation chargée du commerce international. Toutes les tentatives d'intégration de telles règles ont en effet échoué<sup>(14)</sup>, dont les négociations de l'Uruguay Round qui ont débouché sur la constitution de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC) le 1<sup>er</sup> janvier 1995. Néanmoins, à la première Conférence ministérielle de Singapour en 1996, l'OMC a constitué un Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence chargé d'aborder toutes les questions pertinentes et d'établir

---

(11) *William Oualid*, Les ententes industrielles internationales et leurs conséquences sociales – La défense des travailleurs et des consommateurs, Genève 1926. V. A. *Ham*, International Cooperation in the Anti-Trust Field and in Particular the Agreement between the United States of America and the Commission of the European Communities, 30 CML Rev. 571 ss. (1993) ; J. *Basedow*, Weltkartellrecht, Tübingen 1998, p. 61. Pour d'autres initiatives au sein de la Société des Nations v. N. *Ligneul*, L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises, Bruxelles 2001, p. 15 ss.

(12) *International Trade Organisation (ITO)*.

(13) Le sigle GATT est une abréviation de l'expression anglaise General Agreement on Tariffs and Trade. Elle est traduite en français comme suit: Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce

(14) En 1960, par exemple, un groupe d'experts du GATT a demandé la constitution d'un mécanisme de coopération bi- et multilatérale en matière de droit de la concurrence, v. Report adopted on 2 June 1960, GATT-Documents L/1015, BISD, Ninth Supplement, 1961, p. 170-179. Pour les tentatives avortées v. K. *Meessen*, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, Baden- Baden 1975, p. 36 ss.

des rapports annuels<sup>(15)</sup>. À la Conférence ministérielle à Doha (Qatar) en 2001, les Membres de l'OMC se sont mis d'accord d'entamer des négociations destinées à la mise en œuvre d'un cadre multilatéral dans le domaine de la concurrence. Une percée en la matière était soumise à la Conférence ministérielle à Cancún (Mexique) en septembre 2003<sup>(16)</sup>. Malheureusement, les sujets de Singapour (à part le droit de la concurrence, la protection des investissements, la transparence des marchés publics et la facilitation des échanges) sont devenus la victime principale de la mauvaise préparation de la conférence de Cancún et du manque général d'une volonté de compromis qui y régnait<sup>(17)</sup>. Maintenant, le droit de la concurrence a dû assumer le rôle d'un bouc émissaire tenu responsable du blocage du Cycle de Doha. Néanmoins, il ne semble pas exclu de parvenir à un accord si on réussit à résoudre des questions clés du Cycle de Doha<sup>(18)</sup>.

En effet, l'idée de développer un cadre réglementaire de la concurrence au niveau multilatéral a fait couler beaucoup d'encre<sup>(19)</sup>. L'idée d'une attitude collective dans l'encadrement international des problèmes de concurrence fait à peu près l'objet d'un consen-

40

(15) Le rapport le plus récent est celui du 17.7.2003, Document WT/WGTCP/7, disponible sur: [http:// docsonline.wto.org/gen\\_search.asp](http://docsonline.wto.org/gen_search.asp). Pour une analyse de certaines activités de ce groupe de travail v. A. Heinemann, Intellectual Property Rights and Competition Policy – The Approach of the WTO Working Group on Trade and Competition, in: R. Zäch (Ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Berne 1999, p. 299 ss. En ce qui concerne les différentes positions nationales à la conférence de Singapour v. N. Ligneul (*supra*, note 7), p. 31 ss.

(16) Déclaration ministérielle de Doha du 14.11.2001 (WT/MIN(01)/DEC/1): «Nous convenons que des négociations auront lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle [c'est-à-dire: Cancún 2003] sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations.»

(17) Au sujet de l'échec de Cancún v. Drexl, *WTO und Kartellrecht*, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2004, p. 191 ss.

(18) Heinemann (A.), «*La nécessité d'un droit mondial de la concurrence*», *RIDE*, N° 3/2004, p.303

(19) Rioux (M.), «*Vers un droit mondial de la concurrence?*» *Cahiers de recherche-CEIM (99-08)*, (GRIC), Université du Québec à Montréal, décembre 1999, p.5

sus. Cependant, les opinions divergent dès lors qu'il s'agit de choisir les moyens à mettre en œuvre pour une politique internationale de concurrence ou un droit international de la concurrence. Certains auteurs pensent que l'OMC constitue une enceinte idéale pouvant servir de cadre à une discussion en vue de l'institution d'un droit international de la concurrence et l'organe régulateur de celui-ci. Cette position est notamment celle de Monsieur Bienvenu Okiémy<sup>(20)</sup>, ou de Monsieur Nicolas Ligneul<sup>(21)</sup>. En revanche, d'autres auteurs comme Monsieur Frank Romano, s'opposent à la «voie de l'OMC». Ce dernier préconise, par exemple, la création d'une organisation plurilatérale consacrée à la promotion de la libre concurrence et au contrôle des pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale.

Actuellement, le besoin d'une réglementation internationale de la concurrence s'est fait ressentir tout particulièrement avec l'extension remarquable du commerce international ces dernières années<sup>(22)</sup>. Plusieurs facteurs se rejoignent pour témoigner de la possibilité que l'OMC serve, à l'avenir, comme cadre pour la construction d'un ordre concurrentiel international. Pour cela, deux principales raisons suffisent pour démontrer que l'Organisation est concernée par

(20) Okiémy (B.), «L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence», in Osman (F.) (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce: vers un droit mondial du commerce?*, Actes et Débats de colloque, 2 mars 2001, Lyon, IEP de Lyon, Bruylant, 2001, p. 85.

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

(22) Abdelgawad (W.), «Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence: vers l'élaboration d'un ordre juridique mondial de la *lex economica*», RIDE, N° 2/2001, p.162

la question de la concurrence internationale. La première repose sur le fait que l'OMC constitue la principale institution mondiale s'occupant des échanges mondiaux et l'on se demande si elle peut bien ignorer le droit de la concurrence, tant les deux sont liés. En tout cas, il semble très difficile d'imaginer, à une époque de mondialisation économique intense, que le droit des échanges puisse ignorer celui de la concurrence. Il existe une certaine complémentarité des efforts visant la libéralisation des échanges commerciaux et l'élimination des comportements anticoncurrentiels transfrontières<sup>(23)</sup>. La deuxième raison a trait au rôle joué par l'OMC dans l'accroissement des comportements anticoncurrentiels transfrontières. En effet, les efforts de libéralisation des échanges internationaux soutenus par l'Organisation ont contribué à l'avènement de la mondialisation économique<sup>(24)</sup>, qui provoque, à son tour, la création d'un environnement favorable au développement de pratiques anticoncurrentielles émanant d'acteurs économiques privés<sup>(25)</sup>. Ceci est d'autant plus vrai que s'opèrent de plus en plus au niveau mondial, une substitution des comportements anticoncurrentiels desdits acteurs à ceux des États, encadrés par les accords de l'OMC et une récupération des avantages tirés de la suppression des barrières d'origine étatique par les

42

---

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

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

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

entreprises privées<sup>(26)</sup>. De la sorte, la libéralisation des échanges, ainsi que l'ouverture des marchés, représentant une des raisons d'être de l'institution multilatérale<sup>(27)</sup>, sont en train d'être remises en cause par la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations.

*Partant de ces données, une problématique se pose: dans quelle mesure l'OMC est-elle capable à gérer l'interaction entre le commerce international et le droit de la concurrence?*

Par conséquent, en réponse à la question essentielle que pose le sujet, l'OMC dispose de règles concurrentielles capables de former un droit pouvant répondre aux problèmes de concurrence internationale (I). Toutefois, ce droit nécessite une adaptation aux nouvelles réalités du commerce mondial (II).

## **I- L'existence d'un droit de la concurrence incomplet au sein de l'OMC**

L'OMC constitue la piste la plus pertinente pour la recherche d'une régulation de la concurrence internationale, et ce, pour deux raisons majeures. Premièrement, elle dispose surtout d'un ensemble de règles de concurrence pouvant former un droit de la concurrence (A). Deuxièmement, elle dispose d'une juridiction qui garantit la mise en œuvre d'un tel droit (B). Donc le cadre et le droit de l'OMC sont pertinents, mais leur aptitude à prendre en compte tous les comportements anticoncurrentiels nés de la mondialisation des économies paraît moins évidente.

### **A- La présence d'un ensemble de règles concurrentielles hétérogènes dans les accords de l'OMC**

La présence, dans les Accords de l'OMC d'un ensemble de règles et des principes concurrentiels, suffit pour expliquer que l'institution multilatérale s'est toujours préoccupée de la problématique

(26) Bienvenu OKIEMY, op.cit, p.405.

(27) V. Préambule de l'Accord instituant l'OMC

de la concurrence. Concernant les principes de l'OMC à incidence concurrentielle, les États membres de l'Organisation ont compris dès le début qu'une libéralisation des échanges n'est réalisable que dans la mesure où l'on supprime tous les obstacles pouvant entraver le commerce et en permettant aux différents acteurs de se livrer une concurrence loyale. À cette fin, ils ont mis en place un dispositif visant à combattre les obstacles d'origine étatique, car ils constituaient les principales entraves au commerce mondial. Fondé sur des principes de non-discrimination, et de transparence<sup>(28)</sup>, le dispositif limite les restrictions possibles aux seuls droits de douane et combat les pratiques déloyales de défense commerciale<sup>(29)</sup>. En effet, les notions «discrimination»<sup>(30)</sup> et de «transparence»<sup>(31)</sup> désignent également des notions importantes du droit de la concurrence.

En effet, le principe de non-discrimination composé de la clause de la nation la plus favorisée et du principe de traitement national, est considéré par ailleurs comme étant un des principes fondamentaux du libre-échange<sup>(32)</sup>. Le libre-échange désigne un «*système économique dans lequel aucun obstacle douanier, fiscal ou réglementaire ne vient freiner les échanges commerciaux entre États*»<sup>(33)</sup>; autrement dit, l'absence de politique protectionniste<sup>(34)</sup>.

44

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

(29) Lamy, Droit économique, opt. cit., p. 249.

(30) La discrimination est définie en droit de la concurrence comme étant «*le fait de traiter différemment deux opérateurs se présentant de manière identique ou, inversement, identiquement, deux opérateurs se présentant de manière différente*». Daniel MAINGUY (dir.), opt. cit., p. 138.

(31) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, Aix-Marseille Université, Faculté de droit et de science politique, Thèse de Doctorat en droit, 2015 Thèse, p.140

(32) Rioux (M.), «Vers un droit mondial de la concurrence?» op.cit, p.5

(33) Lorot (P.), Dictionnaire de la mondialisation, Ellipses, 2002, p. 281

(34) Ibid.

Il repose sur un élément essentiel qui est la concurrence: une libéralisation des échanges n'est réalisable que dans la mesure où l'on supprime tous les obstacles pouvant entraver le commerce et en permettant aux différents acteurs de se livrer une concurrence loyale<sup>(35)</sup>.

Ces principes de libre-échange sont donc avant tout des principes de droit de la concurrence. Il faut reconnaître que ces deux éléments entretiennent des liens d'interdépendance, en ce sens que la concurrence exerce une influence sur l'existence d'un système de libre-échange et inversement, *«le droit de la concurrence ne se conçoit que dans une économie de marché (ou libérale) par opposition à l'économie dirigée (ou administrée)»*<sup>(36)</sup>.

En ce qui concerne le caractère concurrentiel du contenu des principes de traitement national, de traitement de la nation la plus favorisée et de transparence, selon Monsieur Claude Champaud, *«d'une façon générale, les caractères d'un droit sont liés à son objet, c'est-à-dire à la finalité économique ou sociale que servent ses règles et ses techniques»* ; et l'objet du droit de la concurrence consiste en la compétition économique<sup>(37)</sup>. Appuyée sur cette idée, la théorie de l'existence d'un droit de la concurrence au sein de l'OMC commencerait à être valable en partie s'il était démontré que les principes fondamentaux de cette institution avaient pour objet la concurrence ou compétition économique<sup>(38)</sup>.

Outre ces principes, les Accords de l'OMC contiennent des règles matérielles spécifiques à la concurrence. Ces accords font explicitement référence à des notions comme concurrence déloyale et les pratiques anticoncurrentielles les pratiques déloyales de défense

---

(35) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, op.cit, p.120

(36) Rioux (M.), «Vers un droit mondial de la concurrence?» op.cit, p.5

(37) Ibid.

(38) Ibid.

*commerciale*<sup>(39)</sup>. D'abord, concernant la concurrence déloyale n'est prévue de façon expresse que par l'Accord sur les ADPIC qui renvoie à l'article 10bis de la Convention de Paris de 1967. La consécration est faite précisément à travers le premier paragraphe de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC qui dispose qu'«*en assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et aux données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3*». Le paragraphe 2 de ce texte permet aux «*personnes physiques et morales d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes*». Le paragraphe 3 impose aux États membres de l'OMC de protéger les données communiquées aux pouvoirs publics et à leurs organismes contre une exploitation déloyale dans le commerce. Ces formulations indiquent que les dispositions concernent à la fois les États et les acteurs privés, notamment les entreprises. Mais l'élément qui retient le plus l'attention repose sur le renvoi à la Convention de Paris de 1967 car celle-ci qui est à l'origine de la théorie de la concurrence déloyale<sup>(40)</sup>.

De plus, d'autres dispositions peuvent être interprétées comme portant sur la concurrence déloyale. Il s'agit, en l'occurrence, de l'article X de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC qui prévoit que: «*afin de garantir une concurrence internationale effective optimale dans le cas des procédures d'appel d'offres sélectives, les*

---

(39) Ghérari (H.), «Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'organe de règlement des différends de l'OMC», in Abdelgawad (W.), Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, p.309.

(40) Stuyck (J.), «Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales», RIDE, N° 4/2011, p. 455

*entités, pour chaque marché envisagé, inviteront à soumissionner le plus grand nombre de fournisseurs nationaux et de fournisseurs des autres Parties, compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés. Elles sélectionneront d'une façon loyale et non-discriminatoire les fournisseurs admis à participer à ces procédures*». Sachant que l'objet de la théorie de la concurrence déloyale consiste en la protection de la loyauté de la concurrence<sup>(41)</sup>, cet article pourrait donc être considéré comme visant à assurer une concurrence loyale dans les procédures de passation des marchés publics.

Ensuite, les Accords de l'OMC font place à des textes concernant l'un des éléments essentiels, voire la principale composante du droit de la concurrence. Il s'agit des dispositions régissant les pratiques anticoncurrentielles<sup>(42)</sup>. L'AGCS représente le texte qui traite le plus largement de la question, en consacrant un article entier aux *«Monopoles et fournisseurs exclusifs de services»*. Il s'agit de son article VIII dont le paragraphe 1 dispose que *«chaque Membre fera en sorte que tout fournisseur monopolistique d'un service sur son territoire n'agisse pas, lorsqu'il fournit un service monopolistique sur le marché considéré, d'une manière incompatible avec les obligations du Membre au titre de l'article II et ses engagements spécifiques»*. Cette précision étant faite, les dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII susmentionné imposent aux États membres de l'OMC de ne pas laisser des fournisseurs de service détenant un monopole, agir d'une manière contraire au principe du traitement de la nation la plus favorisée et aux engagements spécifiques des États. Le paragraphe 2 leur indique clairement de combattre l'abus de position dominante en ces termes: *«dans le cas où tout fournisseur monopolistique d'un Membre entrera en concurrence, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société affiliée, pour la fourniture d'un service se si-*

(41) Lamy (P.), *Droit de l'entreprise*, opt. cit., p. 970 et s.

(42) Les pratiques anticoncurrentielles désignent «l'ensemble des pratiques d'entreprises susceptibles d'entraver de manière significative le libre jeu de la concurrence, sur un marché déterminé». Daniel MAINGUY, opt. cit., p. 259.

*tuant hors du champ de ses droits monopolistiques et faisant l'objet d'engagements spécifiques de la part dudit Membre, le Membre fera en sorte que ce fournisseur n'abuse pas de sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec ces engagements».*

Il existe aussi un autre texte contenant des éléments relatif à l'existence d'un monopole. Il s'agit de l'article XVII du GATT intitulé «*Entreprises commerciales d'État*». Son intérêt réside dans le fait qu'il s'adresse aux entreprises bénéficiant de privilèges exclusifs ou spéciaux car l'octroi de tels droits entraîne la naissance d'un monopole, surtout en ce qui concerne les privilèges exclusifs<sup>(43)</sup>. Tous ces éléments témoignent de la prise en compte des pratiques anticoncurrentielles par les différentes règles de l'OMC<sup>(44)</sup>.

En effet, ce qui caractérise les pratiques anticoncurrentielles, c'est leur «*effet sur un marché dont elles faussent le mécanisme en affectant globalement le degré de concurrence qui doit y régner*» ; elles ne sont prohibées qu'en considération de cet effet négatif<sup>(45)</sup>. Partant donc du fait qu'une pratique anticoncurrentielle tout comportement susceptible d'entamer sérieusement le libre jeu de la concurrence sur un marché donné, il est possible de déceler dans les accords de l'OMC, de règles régissant cette matière<sup>(46)</sup>. À titre d'exemple, l'article IX de l'AGCS prévoit en son premier paragraphe que «*les Membres reconnaissent que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services, autres que celles qui relèvent de l'article VIII, peuvent limiter la concurrence et par là restreindre le commerce des services*». Le paragraphe 2 invite les États membres de

(43) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, op.cit, p.156

(44) Ibid.p.157

(45) Lamy (P), Droit de l'entreprise, opt. cit., p. 898.

(46) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, op.cit, p.156

l'OMC à accueillir toute demande de consultations émanant d'un autre membre et visant à éliminer les pratiques en question<sup>(47)</sup>.

Un autre texte, annexé à l'AGCS, l'Accord sur les télécommunications de base (ATB), contient des éléments beaucoup plus détaillé<sup>(48)</sup>. Les États ayant participé à cette négociation sectorielle se sont entendus sur un ensemble de principes en matière de concurrence qui sont énoncés dans un acte appelé *Document référence* et annexé à l'Accord ATB<sup>(49)</sup>. Ce document de référence contient un certain nombre de dispositions destinées à la prévention des pratiques anticoncurrentielles. Dans son article premier sur la sauvegarde en matière de concurrence, il dispose que «*des mesures appropriées seront appliquées en vue d'empêcher des fournisseurs qui, seuls ou ensemble, sont un fournisseur principal, d'adopter ou de maintenir des pratiques anticoncurrentielles*»<sup>(50)</sup>. Le texte ne se limite pas à la simple édicition d'une obligation de mise en place de mesures propres à éviter les situations dans lesquelles un fournisseur principal peut adopter ou maintenir des pratiques anticoncurrentielles. Il précise en plus la nature des pratiques ciblées. Selon le paragraphe 1.2 de l'article susmentionné, il s'agit de pratiques consistant particulièrement: «*a) à pratiquer un subventionnement croisé anticoncurrentiel ; b) à utiliser des renseignements obtenus auprès de concurrents d'une manière qui donne des résultats anticoncurrentiels ; et c) à ne pas mettre à la disposition des autres fournisseurs de services en temps opportun les renseignements*

(47) Ibid.

(48) AGCS: Annexe sur les télécommunications et Annexe sur les négociations sur les télécommunications de base, p. 355-361 (disponibles sur le site internet de l'OMC: [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/26-gats.pdf](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats.pdf)).

(49) OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, Dispositions de l'OMC qui touchent à la concurrence, Note informelle du Secrétariat, 17 juin 1997, p. 5, in Merkt (B.), Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, Berne, Peter Lang, vol. 3, 2000, p.450

(50) Paragraphe 1.1 de l'article 1 du Document de référence.

*techniques sur les installations essentielles et les renseignements commercialement pertinents qui leur sont nécessaires pour fournir des services».*

En sus de régir les pratiques anticoncurrentielles, le document de référence prévoit des règles garantissant l'accès au marché des télécommunications, en exigeant des États membres qu'ils fassent en sorte que le fournisseur principal assure l'interconnexion des fournisseurs concurrents avec son réseau dans tous les cas où cela est possible techniquement, dans des conditions et tarifs non-discriminatoires et d'une qualité non moins favorable que celle assurée par ledit fournisseur principal, le tout dans le respect d'une certaine transparence<sup>(51)</sup>. Il est ainsi relativement aisé de percevoir que l'esprit de ces règles vise à s'assurer que le fournisseur principal, correspondant généralement à une entreprise qui bénéficiait d'un monopole légal, ne soit pas le seul à bénéficier de la libéralisation du marché des télécommunications au détriment de concurrents qui cherchent à en profiter<sup>(52)</sup>.

50

Faisant le lien avec l'article VIII de l'AGCS, Monsieur Benoît Merkt en déduit un «*droit de la concurrence sui generis*» dans un secteur particulier<sup>(53)</sup>. Selon lui, lorsqu'un fournisseur principal se trouve en situation de monopole ou bénéficie de droits spéciaux, «*les obligations du document de référence complètent celles de l'article 8 GATS [AGCS en anglais]*»<sup>(54)</sup>. Nous partageons entièrement cette analyse qui démontre l'idée d'une certaine cohérence entre les règles de concurrence insérées dans les accords de l'OMC<sup>(55)</sup>.

(51) Walid ABELGAWAD, «Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC: Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés», op, cit., p. 245

(52) Ibid.

(53) Merkt (B.), Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, Berne, Peter Lang, vol. 3, 2000, p.80

(54) Ibid.

(55) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de

D'ailleurs, l'Accord sur les ADPIC qui consacre une section entière à la question. Il s'agit de la section 8 intitulée «*Contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles*». L'article 40, unique article de cette section, mais très exhaustif, énonce en son paragraphe 1 que «*les Membres conviennent que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologie*». Par le biais de ce texte, il est non seulement identifié une catégorie de pratiques anticoncurrentielles consistant en des conditions ou pratiques liées à la concession de licences portant sur les droits de propriété intellectuelle, mais également l'effet néfaste que provoque leur caractère anticoncurrentiel sur les échanges ainsi que les transferts de technologie<sup>(56)</sup>. Le paragraphe 2 autorise les États membres à spécifier, dans leurs droits respectifs, les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui peuvent constituer dans des cas particuliers, un «*usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré*». Il leur laisse le choix d'adopter les mesures appropriées visant la prévention et le contrôle de ces pratiques, mais les guide en indiquant, par exemple, ce qui pourrait constituer un cas de limitation de la concurrence dans les contrats de licence<sup>(57)</sup>. Trois illustrations sont ainsi fournies: des «*clauses de rétrocession exclusives*», des «*conditions empêchant la contestation de la validité*» ou un «*régime coercitif de licences groupées*». Malgré toutes ses dispositions à visées concurrentielles, certains auteurs, comme Monsieur Walid Abdelgawad, considèrent l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC comme un texte qui ne traduit «*aucun encadrement fiable du droit de la concurrence et demeure dépourvu d'intérêt significatif sur le*

---

concentration, op.cit, p.159

(56) Ibid.

(57) Merkt (B.), Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, op.cit, p.159

*plan multilatéral*»<sup>(58)</sup>. Bien que les critiques soient fondées, le texte présente toujours un intérêt pour une étude qui vise à démontrer l'existence de règles matérielles de concurrence dans les Accords de l'OMC et, par voie de conséquence, un droit de la concurrence au sein de l'Organisation<sup>(59)</sup>.

Enfin, d'autres dispositions encadrant d'autres comportements dans le cadre de la politique commerciale, peuvent également s'ajouter à la liste des règles de concurrence de l'OMC. Il s'agit de ce que l'on appelle communément les «*mesures de défense commerciale*»<sup>(60)</sup>. Elles consistent en des dispositions de sauvegarde, d'antidumping, ainsi que de mesures compensatoires contre les subventions. Et il existe, dans le dispositif de l'OMC, des accords prohibant l'édiction déloyale de telles mesures afin de préserver la concurrence. Selon Monsieur Habib Gherari, hormis les sauvegardes qui doivent être écartées du fait qu'elles ne constituent pas *a priori* des pratiques déloyales, le dumping et les subventions désignent «des pratiques anticoncurrentielles émanant respectivement des entreprises et des États»<sup>(61)</sup>. Le dumping, est régi par l'article VI du GATT, complété par un accord spécifique, l'«*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*», appelé communément *Accord antidumping*. Ils autorisent les États membres, en cas de présence d'un dumping, à mettre en place des mesures antidumping afin de le neutraliser. Pour éviter que ces mesures de défense commerciale ne soient utilisées à des fins protectionnistes, ils les encadrent en prenant en compte les règles de concurrence<sup>(62)</sup> 632. La disposition qui reflète le plus cette prise en considération des règles de concurrence se trouve au niveau de l'article 3 de l'Accord antidumping. Elle prévoit que lors de l'établissement du «*lien de causalité entre les im-*

(58) Walid ABELGAWAD, «Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC: Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés», op. cit., p. 249.

(59) Ibid.

(60) Habib GHERARI, «Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC», op cit., p. 309

(61) Ibid. p. 310.

(62) Ibid.

*portations faisant l'objet d'un dumping» et le «dommage causé à la branche de production nationale», les États concernés sont également tenus d'examiner tous les autres dommages causés par d'«autres facteurs qui ne devront pas être imputés aux importations faisant l'objet d'un dumping», comme par exemple, les «pratiques commerciales restrictives des producteurs étrangers et nationaux et la concurrence entre ces mêmes producteurs»<sup>(63)</sup>.*

En ce qui concerne les subventions, le paragraphe 5 de l'article 15 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) applique la même technique que l'article 3 de l'Accord antidumping pour déterminer le lien de causalité entre les *«importations subventionnées»* et *«le dommage causé à [une] branche de production nationale»<sup>(64)</sup>.*

En effet, l'examen individuel de l'ensemble des règles de concurrence incorporées dans les accords en question donne l'impression qu'elles présentent quasiment toutes des limites<sup>(65)</sup>. Premièrement, vis-à-vis de l'objet d'encadrement de la concurrence internationale, l'efficacité des règles concurrentielles de l'OMC s'atténue à cause des exceptions aux principes fondamentaux de l'institution multilatérale. Comme déjà souligné, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée forment un principe unique de prohibition de la discrimination dont l'objet consiste à garantir l'égalité des possibilités de concurrence<sup>(66)</sup>. Force est de reconnaître l'existence d'une exception prévue par les textes, et qui ne va pas forcément dans le sens de ladite régulation. Il s'agit bien évidemment de la tolérance des unions douanières et des zones de libre-échange, énoncée à l'article XXIV du GATT de 1994. Aux termes du paragraphe 4 de cet article, les membres

(63) Paragraphe 5 de l'article 3 de l'Accord antidumping de l'OMC

(64) Paragraphe 5 de l'article 15 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC.

(65) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence (Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration), op.cit, p223

(66) Ibid., p.224

reconnaissent «*qu'il est souhaitable d'augmenter la liberté du commerce en développant, par le moyen d'accords librement conclus, une intégration plus étroite des économies des pays participant à de tels accords*». Donc plus qu'une tolérance, le texte encourage la conclusion d'accords commerciaux régionaux ou la réalisation d'intégrations économiques régionales. Il précise néanmoins que «*l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange doit avoir pour objet de faciliter le commerce entre les territoires constitutifs et non d'opposer des obstacles au commerce d'autres parties contractantes avec ces territoires*». La précision n'enlève rien au fait que la constitution d'intégrations économiques régionales rentre ouvertement en contradiction avec le principe de non-discrimination, en ce sens qu'elle vise forcément à établir un régime préférentiel pour les États signataires au détriment des pays tiers<sup>(67)</sup>.

Deuxièmement, s'agissant des limites des dispositions matérielles, celles portant sur le dumping retiennent particulièrement l'attention tant elles favorisent clairement, sur certains aspects, le développement des pratiques anticoncurrentielles au lieu d'assurer le maintien du jeu de la concurrence<sup>(68)</sup>. En effet, conçus pour encadrer la pratique commerciale déloyale que représente le dumping, l'article VI du GATT et l'Accord antidumping précédemment évoqués, édictent des mesures qui suscitent de réelles interrogations quant à leur objet. Considérant d'abord le dumping comme «*l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale*», ils ne l'interdisent pas en soi, mais le déclare condamnable uniquement lorsqu'il «*cause ou menace de causer un préjudice important à une branche de production nationale*»<sup>(69)</sup>. La pratique s'apparentant à une «*forme particulière de prix*

---

(67) Roca (D), Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intra-communautaire, Droits communautaire et de l'OMC comparés, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, t. 2, mai 2007, p.451

(68) Ibid.

(69) Paragraphe 1 de l'article VI du GATT.

*prédateur*»<sup>(70)</sup>, elle aurait pu faire l'objet d'une interdiction *perse* aux fins d'un encadrement plus efficace. Certes, elle générerait d'autres difficultés, notamment en termes de mise œuvre. Néanmoins, la formulation adoptée en l'espèce provoque une réduction du champ d'application des dispositions, en excluant des pratiques anticoncurrentielles qui auraient dû légitimement y figurer<sup>(71)</sup>.

D'ailleurs, la définition de dumping retenue ici ne satisfait personne, à commencer par les États membres de l'OMC qui la remet en cause<sup>(72)</sup>. Hormis les difficultés posées par la notion même de dumping, les véritables limites des dispositions régissant la matière reposent sur la nature des solutions proposées afin de contrecarrer les effets des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être qualifiées ainsi.

De telles solutions sont d'abord énoncées par le paragraphe 2 de l'VI précité, qui dispose qu'*«en vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping, toute partie contractante pourra percevoir sur tout produit faisant l'objet d'un dumping un droit antidumping dont le montant ne sera pas supérieur à la marge de dumping afférente à ce produit»*. Donc, face à un comportement relevant d'un dumping, le remède pour assurer le maintien de la loyauté des échanges consiste en l'adoption de droits antidumping dont les conditions d'édiction sont précisées dans l'Accord antidumping. L'esprit de la règle est louable dans la mesure où, comme l'objectif du GATT vise la garantie d'une concurrence loyale entre les États, l'idée d'octroyer à un État victime d'une pratique commerciale déloyale de la part d'un autre État, en l'occurrence des prix très bas, la faculté pour celui-ci de prendre des mesures de compensation, notamment par le biais de droits de douane, peut désigner un excellent moyen de restauration de la situation de concurrence. Mais la conception choisie ne gé-

---

(70) Ligneul (N), *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Bruylant, 2001, p. 239 et s.

(71) *Ibid.*

(72) *Ibid.*, p. 63.

nère pas une efficience en termes de maintien du jeu concurrentiel. C'est même plutôt l'inverse qui se<sup>(73)</sup> produit avec la pratique<sup>(74)</sup>. En effet, l'article VI du GATT et l'Accord antidumping qui le décline se contentent d'énoncer des principes et laissent aux États le soin de préciser le contenu. Cette approche, que Monsieur Nicolas Ligneul qualifie «*d'application décentralisée*», paraît très contestable en ce sens qu'elle permet aux États de mettre ce qu'ils veulent dans leurs législations antidumping. D'ailleurs, l'Organe d'appel a rappelé les limites d'un tel processus, à l'occasion de l'affaire *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*<sup>(75)</sup>.

Troisièmement, les ententes et le contrôle des concentrations, ne figurent dans aucun texte de l'organisation. Monsieur David Roca perçoit dans la formulation de l'article IX.1 de l'AGCS, un contenu susceptible de prendre en compte les ententes anticoncurrentielles<sup>(76)</sup>, l'approche semble néanmoins assez vague pour conclure à une réglementation suffisamment caractérisée de la matière. Il est certain que le texte en question cible les pratiques commerciales restrictives de concurrence, mais ne cherche pas, selon nous, à régir spécialement les ententes, comme l'article VIII du même accord le fait pour les monopoles et l'abus de position dominante. D'ailleurs, les experts du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence ne s'y sont pas trompés<sup>(77)</sup>.

(73) Habib GHERARI, «Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC», op. cit., p. 310

(74) Ligneul (N), L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises, opt. cit., p. 63.

(75) États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS244/AB/R, 15 décembre 2003.

(76) Roca (D), Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intra-communautaire, opt. cit., t. 2, p. 185.

(77) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, op.cit, p.227

Ainsi, de la part d'une organisation s'occupant de la régulation des échanges commerciaux mondiaux, on aurait pu légitimement s'attendre à ce que l'OMC s'intéresse aux mouvements de concentration, notamment ceux présentant une dimension internationale, car la transformation des structures actrices du commerce international influe inévitablement sur le fonctionnement dudit commerce. Par exemple, une entreprise qui acquiert, par le truchement de fusions ou d'acquisitions d'entreprises concurrentes, une position dominante sur un marché relevant d'un secteur libéralisé par les accords de l'OMC, peut user de sa puissance économique en érigeant des barrières privées à l'accès au marché et éliminer toute forme de concurrence. L'absence, dans le dispositif juridique de l'institution multilatérale, de<sup>(78)</sup> règles permettant de procéder à un contrôle des concentrations, constitue donc une lacune, révélant le caractère incomplet de son droit de la concurrence<sup>(79)</sup>.

Finalement, les accords de l'OMC sont, en effet, principalement consacrés au traitement des entraves au commerce d'origine étatique ; ils ne se soucient pas ou peu des pratiques anticoncurrentielles des entreprises privées. Même lorsque ces pratiques y sont mentionnées, leur traitement s'articule d'une façon disparate ; il se limite à des secteurs déterminés. L'approche sectorielle des règles de concurrence au sein de l'OMC ne sera en mesure de résoudre les conflits relatifs au droit de la concurrence ; ces dispositions traitent la concurrence sous un angle rudimentaire lié à un secteur d'activité précis<sup>(80)</sup>. L'affaire Kodak/Fuji a révélé l'insuffisance des règles ac-

(78) Ibid, p.229

(79) Ibid.

(80) Il s'agit principalement de l'article 40 de l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) portant sur «la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles» et des articles VIII et IX de l'Accord général sur le commerce des services concernant respectivement les monopoles exclusifs de service et la pratique commerciale des fournisseurs de service limitant la concurrence. Sur un plus ample examen de tous les aspects du droit de la concurrence de l'accord OMC, PETERSMANN (E.U.), «Proposals for Negotiating International Competition Rules in the GATT-WTO

tuelles de l'OMC pour résoudre les différends mettant en cause les pratiques anticoncurrentielles d'origine privée. Il est alors temps de consolider le régime de l'OMC en y incorporant des normes relatives à la concurrence<sup>(81)</sup>. Une telle situation, outre le fait de démontrer l'oubli concernant les acteurs économiques privés, car les composantes faisant défaut régissent les comportements de ces derniers, révèle de façon générale l'inachèvement du droit de la concurrence de l'OMC<sup>(82)</sup>. Cela est d'autant plus vrai qu'elle dispose d'une juridiction qui se trouve incapable de garantir la mise en œuvre d'un tel droit.

### **B- L'application limitée des règles de concurrence de l'OMC par l'ORD**

L'observation attentive du contentieux traité par l'Organe de règlement des différends (ORD) permet aisément de rendre compte que bon nombre de questions soulevées ont trait à la concurrence. Certes, ce ne sont pas les pratiques anticoncurrentielles classiques, c'est-à-dire au sens des droits internes des États, qui dominent les débats ici, mais plutôt la discrimination. Sans que les premières soient totalement absentes, la discrimination effectue une apparition régulière, tantôt directe, tantôt indirecte, dans les affaires portées devant l'ORD<sup>(83)</sup>.

Les dispositions encadrant les mesures de défense commerciale partagent un point commun qui repose sur la prohibition de l'édiction déloyale desdites mesures, et ce, afin de préserver la concu-

---

World Trade and Legal System», op. cit., pp. 247 et s. Pour d'autres illustrations de l'insuffisance de l'approche sectorielle, Shelton (J. R.), «Politique de la concurrence: va-t-on vers des règles internationales?», RDAI, 1999, n° 4, p. 460.

(81) Abdelgawad (W.), «Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence: vers l'élaboration d'un ordre juridique mondial de la *lex economina*», op.cit, p. 174,

(82) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence (Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration), op.cit, p.223

(83) Ibid., p.187

rence<sup>(84)</sup>. C'est donc tout naturellement que les décisions concernant l'interdiction des discriminations entre produits nationaux et produits étrangers, ainsi que celles portant sur la prohibition des dumpings et le contrôle des subventions, trouvent leur place dans la présente revue de jurisprudence. Le contentieux étant assez exhaustif, il ne saurait être question de lister toutes les décisions intéressantes. Un choix restreint s'impose inévitablement: seront analysées successivement, les affaires Japon – Boissons alcooliques II<sup>(85)</sup> et Thaïlande – Cigarettes (Philippines)<sup>(86)</sup>.

Faisant partie des premières affaires que le nouvel ORD institué avec la création de l'OMC a eu à connaître, l'affaire *Japon – Boissons alcooliques* n'a pas été choisie au hasard. Elle a été sélectionnée dans l'intention de démontrer que les questions de discriminations anticoncurrentielles se sont posées très tôt devant les arbitres de l'OMC, et qu'elles reviennent de manière récurrente<sup>(87)</sup>. En l'espèce, le 21 juin 1995, les Communautés européennes, les États-Unis et le Canada ont demandé l'ouverture de consultations avec le Japon. Ils se plaignaient de la loi japonaise sur la taxation des boissons alcooliques qui avait instauré un système de taxes internes applicables à toutes les boissons alcooliques, avec des taux qui différaient en fonction de l'appartenance des boissons à une catégorie prédéfinie<sup>(88)</sup>. Selon eux, en application de cette loi, la taxe perçue sur le «*shochu*»

---

(84) Ibid.

(85) Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, rapport du Groupe spécial, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 11 juillet 1996 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996.

(86) Thaïlande – Mesures douanières et fiscales affectant les cigarettes en provenance des Philippines, rapport du Groupe spécial, WT/DS371/R, 15 novembre 2010 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS371/AB/R, 17 juin 2011.

(87) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence (Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration), op.cit, p.188

(88) Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, p. 6.

était nettement inférieure à celle qui frappait le whisky, le brandy et les «*eaux-de-vie blanches*» telles que la vodka, le rhum, le gin... Ils accusaient le Japon d'effectuer une discrimination en instaurant un système de taxation différente entre des produits a priori similaires, et ce, dans l'unique intention de protéger la production de *shochu*, qui se trouvait être un produit japonais<sup>(89)</sup>. Le Groupe spécial (GS) établi le 27 septembre 1995 était donc invité à se prononcer sur la compatibilité de la mesure japonaise avec les dispositions de l'article III du GATT, précisément les paragraphes 1 et 2<sup>(90)</sup>. Le GS a considéré en l'espèce, d'une part que – «*le shochu et la vodka sont des produits similaires et le Japon, en taxant le deuxième plus fortement que le premier manque à son obligation au titre de l'article III:2, première phrase, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*», et d'une autre, que – «*le shochu, le whisky, le rhum, le gin, le genièvre et les liqueurs sont des "produits directement concurrents ou directement substituables" et le Japon, en ne les frappant pas d'une taxe semblable, manque à son obligation au titre de l'article III:2, deuxième phrase, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*»<sup>(91)</sup>. Le système japonais de taxation est ainsi déclaré incompatible avec l'article III:2 du GATT. Cette position a fait l'objet d'une confirmation de la part de l'Organe d'appel<sup>(92)</sup>. Les conclusions exprimées dans le rapport d'appel permettent d'apprécier davantage toute la dimension concurrentielle de l'affaire. Il y est affirmé que «*la conjugaison de droits de douane et taxes intérieurs avait un double effet: d'une part, elle rendait difficile l'accès au marché japonais pour le shochu de fabrication étrangère et, d'autre part, elle ne garantissait pas l'égalité des conditions de concurrence entre le shochu et les autres eaux-de-vie "blanches"*»

(89) Rapport du Groupe spécial., WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, p. 14-15.

(90) Ibid.

(91) Ibid.

(92) Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 34-35

et «brunes»<sup>(93)</sup>. Ce rapport, ainsi que celui du GS, ont été adoptés par l'ORD le 1<sup>er</sup> novembre 1996<sup>(94)</sup>.

Il en est de même pour l'affaire *Thaïlande – Cigarettes* qui selon les auteurs de la Chronique de jurisprudence de l'ORD qui paraît dans la Revue internationale de droit économique (RIDE), elle comporte deux volets: un aspect processuel relatif à la «*question d'une possible reconnaissance du droit à un procès équitable fondé sur les accords du GATT*», et un aspect substantiel concernant la «*question de la distorsion de concurrence*»<sup>(95)</sup>. En l'espèce, le 7 février 2008, les Philippines ont demandé l'ouverture de consultations avec la Thaïlande à propos de ses mesures douanières et fiscales affectant les cigarettes en provenance des Philippines<sup>(96)</sup>. Le GS, qui a vu dans la mesure thaïlandaise imposant des «*prescriptions administratives additionnelles*» aux seuls revendeurs de cigarettes importées, une possibilité d'affectation négative des conditions de concurrence pour les cigarettes importées, et en a déduit l'existence d'un traitement moins favorable pour les produits importés que celui accordé aux produits nationaux similaires<sup>(97)</sup>. Une telle solution semble totalement justifiée, car les prescriptions en question génèrent une charge supplémentaire pour le revendeur de cigarettes qui, afin d'éviter les frais de gestion susceptibles d'en découler, aurait plus intérêt à distribuer les produits nationaux qui ne sont pas soumis à ladite charge<sup>(98)</sup>. Le risque de distorsion de la concurrence au détriment

---

(93) Ibid.

(94) OMC, Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC: Un différend, une page, Publications de l'OMC, 2012, p. 8.

(95) Busseuil (G), Garinot (J-M), Grayot –Dirx (S), Jourdain-Fortier (C) et Moine-Dupuis (I), «Chronique commentée des décisions de l'Organe de règlement des différends, RIDE, N° 2/2012, p.161

(96) Rapport du Groupe spécial, WT/DS371/R, p. 1.

(97) Rapport du Groupe spécial, WT/DS371/R, p. 355

(98) Busseuil (G), Garinot (J-M), Grayot –Dirx (S), Jourdain-Fortier (C) et Moine-Dupuis (I), «Chronique commentée des décisions de l'Organe de règlement des différends, op.cit, p.162

des produits importés paraît clairement établi. L'affaire *Thaïlande – Cigarettes* démontre que, derrière les différends commerciaux apparents, se cachent souvent des questions de concurrence. L'invocation régulière du principe de traitement national, dont le contenu a été interprété par l'ORD comme visant la garantie de l'égalité des possibilités de concurrence<sup>(99)</sup>, en constitue une excellente illustration.

Les questions de discriminations anticoncurrentielles ne représentent pas les seuls éléments constitutifs d'un contentieux commercial intéressant également le droit de la concurrence. Les affaires de subventions rentrent aussi dans ce cadre. L'affaire *Airbus*, qui avait donné lieu à une condamnation de l'Union européenne pour sa politique de subventions publiques en faveur de l'avionneur européen, désigne par exemple un cas pertinent permettant l'appréciation de la connotation concurrentielle des litiges portant sur des questions de subventions<sup>(100)</sup>.

62 S'agissant du contentieux des pratiques anticoncurrentielles au sens strict, force est de reconnaître qu'il est très rare, alors que celui des pratiques commerciales restrictives s'étoffe régulièrement. On conçoit la difficulté qu'il en soit autrement dans la mesure où il n'existe pas d'accord spécifique au domaine de la concurrence. Les plaignants n'ont d'autres choix que d'invoquer les accords commer-

(99) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence (Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration), op.cit, p.192

(100) Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport du Groupe spécial, WT/DS316/R, 30 juin 2010 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS316/AB/R, 18 mai 2011. Affaire à rapprocher de l'affaire Etats-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Deuxième plainte), rapport du Groupe spécial, WT/DS353/R, 31 mars 2011 et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS353/AB/R, 12 mars 2012. Pour plus de détails sur le volet concurrentiel de cette affaire, consulter la chronique déjà citée: Busseuil (G), Garinot (J-M), Grayot –Dirx (S), Jourdain-Fortier (C) et Moine-Dupuis (I), «Chronique commentée des décisions de l'Organe de règlement des différends, op. cit., p. 204.

ciaux, même si dans bien des cas, le fond du litige repose sur des questions de concurrence<sup>(101)</sup>.

Plus connue sous le nom de l'affaire *Kodak c. Fuji*, cette affaire aurait pu figurer dans la partie sur le contentieux commercial intéressant également la concurrence, notamment dans les développements consacrés aux problèmes de discrimination, car c'est bien de cette matière dont il est question en l'espèce. En effet, les États-Unis se plaignaient des mesures prises par le gouvernement japonais et affectant la distribution, la mise vente et la vente sur le marché intérieur de pellicules et papiers photographiques d'importation destinés aux consommateurs. Il s'agissait principalement des mesures en matière de distribution visant une concentration verticale des circuits de distribution depuis le fabricant jusqu'au détaillant, de la loi sur les grandes surfaces de 1973 et des mesures en matière de promotion. Les Américains soutenaient qu'en appliquant ces mesures, le gouvernement japonais accordait un traitement moins favorable aux pellicules et papiers photographiques importés, en l'occurrence les produits de *Kodak*.

Mais ce qui retient l'attention dans la formulation des prétentions américaines, repose sur la référence expresse à la question de la transgression des règles de concurrence, plutôt que d'arguer d'une violation des règles de non-discrimination comme c'est généralement le cas dans ce genre de litiges. On peut notamment lire, dans le rapport du GS, l'énonciation de l'allégation, selon laquelle les mesures japonaises incriminées *«étaient contraires à l'article III: 4 du GATT car elles affectaient les conditions de concurrence concernant la distribution, la mise en vente et la vente sur le marché intérieur de pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs d'une manière qui accordait aux pellicules et papiers importés un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits*

(101) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence (Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration), op.cit, p.193

*comparables d'origine nationale*»<sup>(102)</sup>. Bien évidemment, ce passage évoque une discrimination entre produit national et produit importé. Néanmoins, elle présente la particularité d'exprimer ouvertement une distorsion de la concurrence du fait d'une telle discrimination. En agissant de la sorte, les plaignants confèrent une nature presque exclusivement concurrentielle au différend, et demandent à l'ORD d'apporter une réponse en ce sens. Ce qui révèle une conviction des justiciables de la prise en compte de la matière par le droit de l'OMC, ainsi que du rôle de régulateur joué par ledit ORD. Par ailleurs, la transparence, également une notion de droit de la concurrence, avait aussi fait l'objet d'une invocation expresse de la part de la partie plaignante<sup>(103)</sup>. Ceci dit, le GS n'a pas accédé à la demande américaine. Concernant l'annulation ou la réduction d'un avantage résultant des accords de l'OMC, il a constaté que les Américains n'ont pas démontré que les mesures en cause annulaient ou compromettaient leurs avantages au sens de l'article XXIII: 1 b) du GATT<sup>(104)</sup>.

64

Mais comme elle symbolisait jusqu'en 2004, année d'adoption de la décision rendue dans le cadre de l'affaire *Telmex* (l'autre appellation du *Mexique – Télécommunications*), l'unique décision traitant significativement de la concurrence, cela lui vaut ce petit traitement spécial. En l'espèce, les États-Unis se plaignaient des lois et des réglementations internes du Mexique régissant la fourniture de services de télécommunication et la législation fédérale sur la concurrence. Ils reprochaient à l'État du Mexique de ne pas avoir agi d'une manière qui pût faire en sorte que l'entreprise *Telmex* assurât l'interconnexion des fournisseurs de services de télécommunication des États-Unis pour les services transfrontières, selon des modalités et moyennant des taxes basées sur des coûts raisonnables ; de ne pas avoir entrepris de mesures visant à empêcher *Telmex* d'adopter des pratiques anticoncurrentielles, mais habilitait au contraire cette

---

(102) Rapport du Groupe spécial, opt. cit. WT/DS44/R, p. 1.

(103) Rapport du Groupe spécial, WT/DS44/R, p. 2.

(104) Rapport du Groupe spécial, WT/DS44/R, p. 579.

dernière à diriger un cartel lui permettant de fixer les prix de l'interconnexion internationale ; et enfin, qu'il n'avait pas permis aux fournisseurs américains d'accéder de façon raisonnable et non discriminatoire aux réseaux de télécommunications<sup>(105)</sup>.

Cette affaire *Telmex* démontre toute l'aptitude de l'ORD à traiter des questions très pointues dans le domaine de la concurrence et à adopter une analyse concurrentielle digne des autorités nationales de concurrence, qui sont rompues à ce genre de problématiques.

Certes, le contentieux ne regorge pas de décisions qui lui soient comparables ; néanmoins, associée à toutes les autres décisions concernant la concurrence au sens large, elles forment un noyau de jurisprudence dans le domaine en question<sup>(106)</sup>. L'accumulation d'affaires soulevant des problèmes de comportements anticoncurrentiels. Les rapports auxquels elles donnent lieu s'ajoutent à toutes les règles concurrentielles incorporées dans les divers accords commerciaux, pour former un ensemble de dispositions suffisamment conséquentes, et conforter ainsi l'idée d'existence d'un droit embryonnaire sur la concurrence<sup>(107)</sup>.

La jurisprudence de l'ORD découlant de leur mise œuvre, constitue un corps de normes suffisamment conséquent pour former un noyau de droit de la concurrence. Mais, hormis les quelques rares cas où s'observe une référence directe aux particuliers, le contenu vise exclusivement les comportements étatiques: de façon générale, les règles de l'OMC s'adressent aux États, et les dispositions concurrentielles ne font pas preuve d'exception. Le système de règlement des litiges obéit aussi à la même logique. Il est fermé aux personnes privées, qui ne peuvent ni l'actionner, ni invoquer ses décisions et recommandations à l'encontre d'un État, la plupart des membres de

---

(105) Rapport du Groupe spécial, WT/DS204/R, p. 6-7.

(106) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration), op.cit, p. 200

(107) Ibid.p. 230

l'institution refusant de leur accorder le moindre effet direct. Dans la mesure où il ne prend pas en compte les comportements des agents économiques privés, le droit de la concurrence de l'OMC doit être qualifié de droit réservé aux acteurs étatiques ou, en empruntant l'expression employée par certains publicistes pour évoquer la place des règles de concurrence dans le droit public, de «*droit public de la concurrence*». Il ne saurait par conséquent, dans son état actuel, être suffisamment efficace pour affronter les problèmes nés de la mondialisation des économies, notamment l'accroissement des pratiques anticoncurrentielles d'origine privée.

Si l'absence d'action directe au profit des agents économiques privés désigne la faiblesse qui interpelle le plus, la nature même du système de règlement des différends n'en réserve pas moins de lacunes à plusieurs niveaux. Premièrement, l'efficacité des sanctions de l'ORD semble donc loin d'être optimale. Le M.A a prévu des sanctions commerciales sous la forme d'une compensation ou d'une suspension de concessions<sup>(108)</sup> qui ont pour but d'accroître les chances du respect effectif des recommandations et décisions de l'ORD par le membre défaillant. La compensation signifie que «*la partie récalcitrante paye le prix du dommage qu'elle cause à l'autre partie. En outre, en cas d'inexécution ou de retard d'exécution la partie condamnée doit, si la demande-lui en fait et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, entre en négociation avec la ou les autres parties en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable*»<sup>(109)</sup>. Notion éminemment politique, la possibilité de recourir à des compensations inciterait les Etats membres à ne pas mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD, créant ainsi des droits acquis au maintien des mesures incompatibles avec les accords visés<sup>(110)</sup>. Si aucune compensation satisfai-

---

(108) Article 22 du Mémorandum d'Accord de l'OMC

(109) Ruiz Fabri (H), «Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce», JDI, 1997, p.740

(110) PACE (V), L'Organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux, Paris, L'Har-

sante n'a été convenue dans les vingt jours qui suivent l'expiration du délai raisonnable, la partie plaignante peut demander à l'ORD l'autorisation de suspendre de concessions ou d'autres obligations par voie des contre-mesures, à l'égard du membre défaillant<sup>(111)</sup>. Les contres-mesures *«sont des mesures unilatérales adoptées par un Etat en réaction au comportement licite ou illicite d'un autre Etat qui a porté atteinte à ses intérêts. Peu n'importe que ce comportement soit ou non-constitutif d'un manquement à une obligation internationale»*<sup>(112)</sup>. L'objectif fondamental des sanctions autorisées par l'ORD est d'obtenir le retrait ou la mise en conformité de la législation incriminée. La situation devient cependant problématique lorsque la partie perdante conçoit les rétorsions comme un moyen lui permettant en contrepartie de maintenir sa législation incriminée, alors même *«qu'une telle situation est étrangère à une application satisfaisante de la règle de droit et à l'idée même d'État de droit»*<sup>(113)</sup>.

Deuxièmement, le mécanisme de sanctions n'a pas été conçu pour être utilisé par des pays en développement. D'ailleurs, alors que *«l'hypothèse d'un PED victime de rétorsions est grossièrement envisagée dans plusieurs dispositions du Mémoire d'accord»*<sup>(114)</sup>, rien n'est prévu s'agissant de la situation, d'un PED habilité par l'ORD a appliqué de sanctions. Théoriquement, un PED pourra recourir à de rétorsions à l'encontre d'un pays développé qui aurait perdu un litige et ne serait pas mis en conformité dans le délai d'exécution prescrit, pourtant, cette arme ne pourra pas être utilisée

---

mattan, 2000, p.641

(111) Article 22.2 du Mémoire d'Accord

(112) Karray (B): «Les mesures de défense commerciale à l'importation en droit tunisien», Thèse de Doctorat en droit, FDS, 2004-2005, p.19

(113) Ibid.

(114) L'hypothèse du pays en développement victime des mesures de rétorsions est envisagée aux articles 21.2, 21.7, 21.8 et 24.1 du Mémoire d'accord ; il y est notamment indiqué que les membres devront faire preuve «d'une attention particulière» et «de modération» à l'égard des pays en développement et des pays les moins avancés

comme l'Équateur en a fait dans l'affaire de Banane<sup>(115)</sup>. L'impossibilité pratique pour les PED<sup>(116)</sup> d'utiliser *«l'arme de rétorsions est d'autant plus problématique que les pays du Sud font un usage croissant du système de règlement des différends de l'OMC et obtiennent souvent gain de cause, comme dans le dossier emblématique du coton»*<sup>(117)</sup>.

Troisièmement, le mécanisme de règlement des différends souffre de lacunes qui entament son caractère juridictionnel. Elles découlent, entre autres, de la préférence accordée au règlement d'intérêt<sup>(118)</sup>, qui ne permet pas toujours d'aboutir à de véritables décisions juridiques tranchant objectivement des questions de droit. Pour le cas particulier des règles de concurrence, cela signifie que la sanction de leur transgression sera moins privilégiée par rapport à l'accord des parties au différend, quand bien même il laisserait subsister une situation anticoncurrentielle<sup>(119)</sup>. Le système repose sur une conception finaliste: l'article 3 du Mémorandum d'accord prévoit, au niveau de son paragraphe 2, que *«les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles cou-*

(115) Autorisé par l'OMC à surtaxer les produits européens à l'entrée sur son territoire, l'Équateur a finalement renoncé à appliquer ces rétorsions douanières dans la mesure où elles auraient un impact défavorables sur le niveau de vie de sa propre population, en rendant plus chers les produits européens déjà difficilement accessible, de plus, l'impact économique sur la Communauté européenne aurait été limité.

(116) Le 25 Juin 2007, Antigua, un des plus petits pays de la planète a demandé à l'OMC de l'autoriser à ponctionner les Etats-Unis d'Amérique à hauteur de 2.56 milliards d'Euros annuels pour entraves aux services de jeux et paris sur Internet implantés à l'étranger (Les Etats-Unis menacés à l'OMC d'une énorme amende sur les jeux en ligne: La Tribune, 25 Juin 2007, WT/DS 285/ARB, 21 décembre 2007).

(117) Affaire Etats-Unis – Subventions au coton Upland, WT/DS 267

(118) Article 3.7 du Mémorandum d'accord

(119) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, op.cit, p.230

*tumières d'interprétation du droit international public*». Partant, plutôt que de rechercher la «*défense d'une légalité en soi*», il vise à concilier les intérêts des États<sup>(120)</sup>. Ce qui explique l'exclusion expresse de toute approche contentieuse et la préférence attribuée au règlement d'intérêt<sup>(121)</sup>. Dans le même ordre d'idées, la préférence accordée au règlement d'intérêt justifie des procédures, également susceptibles de diminuer l'apport jurisprudentiel du mécanisme de règlement des différends. En effet, aux fins de privilégier un accord amiable entre les parties, le groupe spécial, est tenu pendant la durée de ses travaux, de leur donner «*des possibilités adéquates à élaborer une solution mutuellement satisfaisante*»<sup>(122)</sup>. Si une telle technique peut désigner un moyen efficace pour régler diplomatiquement les conflits commerciaux, elle illustre aussi cet amalgame du juridique et du politique qui contrebalance fortement la nature juridictionnelle des autres procédures du système de règlement des différends. Cela se révèle d'autant plus vrai que le système en question est conçu de façon «*subsidaire*», une procédure ne pouvant être activée qu'à défaut de solution mutuellement convenue<sup>(123)</sup>. Sur un plan purement théorique, une telle subsidiarité empêche que l'ensemble des affaires inscrites à l'ORD, donc y compris celles soulevant des questions intéressantes de concurrence internationale, soient traitées de manière juridique ou juridictionnelle et aboutissent à la production de rapports de la part de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel, qui contiendraient des enseignements présentant un intérêt jurisprudentiel<sup>(124)</sup>.

(120) Ruiz Fabri (H), «Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce», op.cit, p. 721.

(121) Article 3 du Mémorandum d'accord: paragraphes 10 et 7

(122) Article 11 du Mémorandum d'accord

(123) Ruiz Fabri (H), «Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce», op.cit, p. 718

(124) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, op.cit, p.232

Toutes ces insuffisances dénotent la source de difficultés que représente la nature même du système de règlement des différends de l'OMC. Ainsi, outre le fait qu'elle ne garantit pas systématiquement l'obtention de décisions susceptibles de contribuer à la création normative, elle conduit à s'interroger sur la capacité de l'ORD à jouer le rôle d'une autorité de la concurrence digne de ce nom<sup>(125)</sup>.

## **II- L'amélioration du droit de la concurrence de l'OMC**

Le droit de la concurrence de l'OMC paraît donc inapproprié à la mondialisation des comportements anticoncurrentiels, parce qu'inachevé. Il requiert une nécessaire adaptation, notamment par le biais d'un nouvel accord multilatéral spécifique à la concurrence et intégrant l'ensemble des problématiques en suspens (A) et par un perfectionnement du système de règlement des différends, qui apporte des corrections aux principales lacunes institutionnelles (B).

70

### **A- vers un accord multilatéral sur la concurrence au sein de l'OMC**

Le constat relatif à la nécessité d'un instrument international sur la concurrence est quasiment partagé par l'ensemble de la doctrine et par l'OMC elle-même, qui avait institué un groupe de travail chargé d'étudier l'interaction entre le commerce et la politique de concurrence, avec un objectif d'examen des possibilités d'adoption d'un accord sur la concurrence.

L'idée d'envisager l'encadrement de la concurrence internationale par le biais de la conclusion d'un accord impliquant plusieurs États n'est pas nouvelle. Elle a même été expérimentée dans le cadre d'autres instances multilatérales et a donné lieu à des codes de concurrence à visées incitatives, dépourvues de tout caractère contraignant.

D'abord l'OCDE, instrument de coopération réservé aux pays industrialisés, essaie depuis des années, de trouver une approche globale au traitement des questions de concurrence de dimension inter-

---

(125) Ibid., p.233

nationale<sup>(126)</sup>. Par le biais d'un certain nombre de recommandations adoptées par son Conseil. Ses États membres ont mis en place des mécanismes de coopération multilatérale pour l'application de leurs règles de concurrence<sup>(127)</sup>. Monsieur Ulrich Immenga soutient que le système de *soft law* établi dans le cadre de l'OCDE, «*n'est pas efficace*»<sup>(128)</sup>. Donc le défaut de contrainte dans les instruments de cette instance, relègue ses textes au rang de source indirecte du droit<sup>(129)</sup>. Par ailleurs, du fait de son cadre restreint, l'Organisation ne peut prétendre à l'universalisme ; elle évoque plutôt une sorte de pluri-latéralisme. Partant, sa taille et son système de *soft law* ne sauraient convenir dans la perspective d'un accord international sur la concurrence. Parce que la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles n'affecte pas seulement les membres de l'OCDE, mais tous les pays ; et leur répression appelle des réponses contraignantes.

En ce qui concerne la CNUCED, elle aussi se veut précurseur en matière d'édition de règles intéressantes la concurrence, sauf que cette fois-ci, ce sont les pays en voie de développement qui désignent la cible privilégiée des dispositions<sup>(130)</sup> ; même si à l'inverse de l'OCDE, l'ONU présente un véritable caractère universel<sup>(131)</sup>. Les

(126) Philippe (J.), Guyon (A.) et Gurov (Y.), «Les cartels internationaux», in Canivet (G.) (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 358.

(127) Selinsky (V.), «Mondialisation et ententes injustifiables», op.cit, p. 357-358.

(128) Immenga (U.), «Le droit de la concurrence dans l'économie globale», in Philosophie du droit et droit économique, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éditions Frison-Roche, 1999, p.415

(129) Sélinisky (V.), «Mondialisation et ententes injustifiables», in Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, p. 352

(130) Farjat (G.), «Observations sur la dynamique du droit de la concurrence», in Canivet (G.) (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, L.G.D.J., 2006, pp. 3-29.

(131) Heinemann (A.), «La nécessité d'un droit mondial de la concurrence», RIDE, N° 3/2004, p.302

rapports ou documents de travail de l'instance en question, n'hésitent d'ailleurs pas à revendiquer que leur code de la concurrence constitue actuellement «*le seul instrument multilatéral en vigueur dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence*»<sup>(132)</sup>. En effet dans une résolution 35/63 du 5 décembre 1980<sup>(133)</sup>, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté un code de conduite sur les pratiques commerciales restrictives, sous la dénomination «Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives», dont l'appellation abrégée est: «l'Ensemble»<sup>(134)</sup>. Conçu dans l'objectif d'éviter que les pratiques commerciales restrictives ne compromettent la réalisation des avantages qui devraient normalement résulter de la libéralisation des échanges, le texte énonce d'abord un certain nombre de principes généraux qu'il convient d'appliquer<sup>(135)</sup>. Il s'agit, entre autres, d'entreprendre une action solidaire aux niveaux nationaux, régionaux et internationaux aux fins d'éradiquer les pratiques commerciales restrictives générant un effet négatif sur le commerce international ; d'instituer une coopération bilatérale et multilatérale entre les États, ou de la renforcer, le cas échéant ; d'imaginer des mécanismes internationaux et améliorer les instruments existants pour faciliter l'échange d'informations relatives au sujet des pratiques commerciales restrictives ; de développer les consultations multilatérales sur les questions de politiques visant le contrôle des pratiques en question, ...etc<sup>(136)</sup>.

---

(132) CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF.6/10, p. 4.

(133) Nations Unies, Résolution 35/63. Pratiques commerciales restrictives, 5 décembre 1980, [www.un.org/french/documents/view-doc.asp?symbol=A/RES/35/63&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view-doc.asp?symbol=A/RES/35/63&Lang=F) (consulté le 06/11/2014)

(134) Le texte est reproduit en intégralité in CNUCED, L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence, Nations Unies, Genève, 2000, TD/RBP/CONF/10/Rev.2.

(135) Section C de l'Ensemble, in CNUCED, L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence, p. 12.

(136) Points 1-4, Section C de l'Ensemble, in CNUCED, L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence, opt. cit., p. 12.

Ainsi, sans l'explorer davantage, l'analyse de ces quelques dispositions met en exergue toute la richesse de l'ensemble. Mais, à l'instar des instruments de l'OCDE, il est dépourvu d'une force contraignante<sup>(137)</sup>. Il se limite donc à instaurer une «*culture de concurrence*» dans le monde, en édictant des règles et principes communs à destination des pays en développement, dans le dessein de leur permettre de se doter d'une législation sur la concurrence<sup>(138)</sup>. Autrement dit, le code de la CNUCED ne cherche pas à régir lui-même la concurrence au plan international, mais la promeut en proposant du contenu aux États qui aspirent à rédiger des textes en la matière. L'adoption, en sus du dispositif en question, d'une loi type sur la concurrence à l'intention des pays non développés<sup>(139)</sup>, témoigne de cette réalité.

Par conséquent, l'instance multilatérale et ses dispositifs juridiques ne sauraient être appropriés pour appréhender les comportements anticoncurrentiels qui affectent les marchés mondiaux actuels.

Partant, la situation représente un double avantage en faveur d'un accord OMC sur la concurrence. En effet, elle démontre d'un côté que dans le contexte actuel d'interconnexion des économies, seule une organisation à vocation universelle englobant toutes les catégories de pays, développés comme sous-développés, peut convenir. D'un autre côté, elle révèle, outre la faisabilité sur le plan technique ainsi que l'existence de modèles, la nécessité de négocier l'accord dans un cadre contraignant.

Depuis de longues dates, des études sur le contenu d'un accord international sur la concurrence sont menées aussi bien dans le cadre académique que dans les instances de coopération politique. Du

---

(137) Merkt (B.), Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, op, cit p.120

(138) Duchemin (Cl.), «L'essor du droit international de la concurrence», op.cit, p. 51

(139) Ibid.

code de la CNUCED de 1980<sup>(140)</sup> aux travaux du groupe de travail de l'OMC<sup>(141)</sup>, sans oublier les recommandations de l'OCDE<sup>(142)</sup>, les propositions de l'Union européenne<sup>(143)</sup> ainsi que le code du groupe de Munich<sup>(144)</sup>, les suggestions de contenu foisonnent et paraissent toutes aussi intéressantes les unes que les autres.

Un classement permet de dégager deux principales approches préconisées: un accord plurilatéral avec élaboration d'un véritable droit supranational, ou un accord multilatéral, a minima, fixant un cadre de coopération dans le domaine de la concurrence. La proposition a été faite de ne pas se contenter d'un accord multilatéral à contenu plutôt modeste, mais d'y ajouter un deuxième accord, cette fois plurilatéral, qui serait plus ambitieux et pourrait contenir notamment des règles sur le contrôle des concentrations ou sur la coopération des autori-

---

(140) CNUCED, «L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives», in CNUCED, opt. cit., TD/RBP/CONF/10/Rev.2, p. 7-20. 1361 Les travaux du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence ont fait l'objet d'une étude dans le cadre du précédent chapitre. Cf. B/ La prise de conscience opérée au sein de l'OMC: Paragraphe I, Section 1, Chapitre 1er du présent Titre 2.

(141) Les travaux du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence ont fait l'objet d'une étude dans le cadre du précédent chapitre. Cf. B/ La prise de conscience opérée au sein de l'OMC: Paragraphe I, Section 1, Chapitre 1er du présent Titre 2.

(142) Notamment ses recommandations de 1995: opt. cit., C(95)130/FINAL ; 1998: opt. cit., C(98)35/FINAL et 2014: opt. cit., C(2014)108.

(143) Commission européenne, La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international, opt. cit., 67 p. ; OMC, Communication de la Communauté européenne et ses Etats membres, 19 novembre 2002, WT/WGTCP/W/222.

(144) Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement 10 July 1993 (1993) 5 World Trade and Arbitration Materials, Issue 5, pp. 126 ; BNA Antitrust & Trade Regulation Report, 19 août 1993, vol. 64, Special supplement n° 1628. Une analyse détaillée des dispositions du Code est effectuée in Frank ROMANO, opt. cit., p. 172-190.

tés nationales<sup>(145)</sup>. Cette proposition déboucherait sur un système à deux vitesses. À côté d'un accord pour tous les Membres de l'OMC contenant les principes de base, mais renonçant à des contraintes précises, il y aurait un deuxième accord qui ne serait accepté que par les États prêts à prendre un engagement plus profond. Le charme de cette proposition consiste à cumuler les deux modèles présentés ci-dessus: l'approche minimale serait adoptée par un accord multilatéral pour tous les Membres de l'OMC, l'approche maximale serait retenue par un accord plurilatéral pour un cercle plus restreint d'États. D'un autre côté, l'accord de base risque de rester sans signification si toutes les composantes «ambitieuses» demeurent réservées à l'accord plurilatéral<sup>(146)</sup>. Le but poursuivi par la proposition de deux accords échelonnés, c'est-à-dire la prise en compte des différences dans le monde en matière de droit de la concurrence ainsi que le désir de flexibilité, est accessible par d'autres moyens, notamment par des exemptions, des périodes de transition ou une assistance technique<sup>(147)</sup>. Par conséquent, un seul accord multilatéral qui crée une base commune pour le contrôle du comportement concurrentiel dans le monde doit être envisagé. Ceci n'exclut pas qu'un nombre restreint d'États se mettent d'accord, dans un accord plurilatéral, sur des questions non couvertes par l'accord multilatéral<sup>(148)</sup>.

Si la conclusion d'un accord sur la concurrence désigne une «remorque» idéale permettant au droit de l'OMC d'accrocher le «train» de la mondialisation des comportements anticoncurrentiels, le mouvement doit nécessairement s'accompagner d'une réforme du système de règlement des différends<sup>(149)</sup>.

(145) Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, Rapport 2003 (supra, note 43), no. 75.

(146) Heinemann (A), La nécessité d'un droit mondial de la concurrence, op.cit, p.311

(147) Cela concerne en premier lieu les pays en développement

(148) Heinemann (A), La nécessité d'un droit mondial de la concurrence, op.cit, p.312

(149) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, op.cit, p.279

## B- Une réforme du système de règlement des différends

Le système de règlement des différends aussi nécessite un perfectionnement tant dans sa nature institutionnelle que dans son accessibilité. De tels changements paraissent indispensables.

L'impossibilité pour un nombre conséquent de pays membres d'accéder à la juridiction de l'OMC, équivaut à autant d'occasions manquées pour assurer l'application des règles l'organisation. Pour le cas particulier de la concurrence, imaginons une situation dans laquelle un pays pauvre se trouve victime d'un acte anticoncurrentiel prévu par les textes de l'institution multilatérale, tel un dumping ou une subvention prohibée, les textes ne seraient alors probablement pas mis en œuvre, faute pour la victime de pouvoir activer le mécanisme de règlement des différends. L'on peut certes objecter qu'il ne revient qu'à elle de se doter des moyens pour y parvenir. Mais, comme la probabilité de son renoncement paraît élevée, la protection de la concurrence internationale ainsi que l'intérêt des consommateurs, commandent néanmoins de faciliter l'accès à la juridiction, afin que les dispositions régissant la pratique en cause puissent être appliquées<sup>(150)</sup>. L'implication de toutes les catégories de pays désigne un critère important de la pertinence du cadre de l'OMC pour le traitement des questions de concurrence de dimension internationale. Sans elle, des territoires et marchés seraient exclus de fait du champ de son droit, alors qu'ils n'échappent pas aux pratiques anticoncurrentielles des États et des sociétés multinationales. Raison pour laquelle la facilitation de l'accès des pays en développement mérite un soutien<sup>(151)</sup>. Des propositions réalistes œuvrant en ce sens ont déjà été effectuées. Et elles émanent des États eux-mêmes. D'autres vont encore plus loin, en proposant d'accompagner l'assistance technique d'un soutien financier. La Communication déposée le 4 mars 2008 par la Côte d'Ivoire au nom

---

(150) Ibid.p.305

(151) Heinemann (A), La nécessité d'un droit mondial de la concurrence, op.cit, p.311

du groupe africain, sollicite clairement la création d'un «*Fonds de l'OMC pour le règlement des différends*» à destination des pays en développement et des pays les moins avancés, dans le dessein de «*faciliter l'utilisation effective*» du Mémoire d'accord par ces derniers<sup>(152)</sup>.

De telles suggestions s'inscrivent dans la bonne direction et présentent l'avantage de ne pas nécessiter une réforme lourde qui appelle, par exemple, l'adoption d'un nouvel accord multilatéral. Une simple modification du Mémoire d'accord suffirait ; d'autant plus qu'hormis la création du fonds spécifique, elles semblent pouvoir faire facilement l'objet d'un consensus de la part des membres de l'organisation. Cela dit, l'élargissement de l'accès à l'ORD ne résoudra pas tout.

Une autre lacune institutionnelle, doit également être comblée: il s'agit bien évidemment du système de sanction<sup>(153)</sup>. Les sanctions désignent le maillon faible du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Accordant beaucoup de place à la volonté de la partie condamnée, elles atténuent le caractère juridictionnel du mécanisme et limitent fortement la portée dissuasive des décisions prononcées<sup>(154)</sup>. Toutefois, il arrive que des États condamnés opposent une certaine résistance, soit en refusant de retirer la mesure jugée non conforme, soit en obtempérant, mais de manière insuffisante<sup>(155)</sup>. Dans ce cas, le plaignant ne dispose d'autres choix que négocier des compensations satisfaisantes, puis espérer en ultime recours

---

(152) OMC, Texte des propositions du groupe africain pour les négociations sur le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, 5 mars 2008, TN/DS/W/92, p. 3.

(153) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, op.cit, p.307

(154) Canal-Forgues (E.), «Le Système de règlement des différends», in SFDI, La réorganisation mondiale des échanges, Actes de colloque, 1er-3 juin 1995, Nice, Pedone, 1996, p. 50

(155) Ibid.

l'autorisation d'appliquer des mesures de rétorsion croisée<sup>(156)</sup>. Si elles peuvent être efficaces dans bien des circonstances, comme elles l'ont démontré dans les affaires *États-Unis – FSC*<sup>(157)</sup> et *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*<sup>(158)</sup> où la partie condamnée, en l'occurrence les États-Unis, avait fini par changer sa législation aux fins de se mettre en conformité avec les accords de l'institution multilatérale, et ce, suite à l'application de contremesures par la partie plaignante sur autorisation de l'OMC<sup>(159)</sup>, les mesures de rétorsion croisée ne sont pas à la portée de tous les États.

Constituant par essence des sanctions économiques, leur effet contraignant ne ressort que le lorsque le plaignant se trouve en état de pouvoir suspendre ou retirer des concessions affectant suffisamment la partie perdante au point de la conduire au retrait de sa mesure litigieuse<sup>(160)</sup>. La technique de sanction ressemble sur certains aspects, à une sorte de «justice privée», en ce qu'elle demande à la victime de proposer des mesures de représailles dans des secteurs où son adversaire serait susceptible de ressentir leurs effets<sup>(161)</sup>. Autant dire qu'elle avantage les États économiquement forts. Un pays sans réel poids économique sur la scène internationale éprouvera beaucoup de difficultés à utiliser efficacement le dispositif<sup>(162)</sup>. Comment un pays sous-développé qui importe quasiment tout, adopterait-il de pareilles mesures à l'encontre de puissances telles que la Chine, les

78

(156) Farjat (G.), «Observations sur la dynamique du droit de la concurrence», in Canivet (G.) (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, L.G.D.J., 2006, pp. 3-29.

(157) *États-Unis – Traitement fiscal des «sociétés de vente à l'étranger»*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS/108/AB/RW, 14 janvier 2002.

(158) *États-Unis – Mesures de sauvegardes définitives à l'importation de certains produits en acier*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DTS/248-259/AB/R, 10 novembre 2003.

(159) Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *op. cit.*, p. 113-114.

(160) *Ibid.*

(161) Heinemann (A), *La nécessité d'un droit mondial de la concurrence*, *op.cit.*, p.311

(162) Canal-Forgues (E.), «Le Système de règlement des différends», *op.cit.*, p. 22

États-Unis, l'Union européenne, le Japon, ...? S'il parvient à trouver le moyen de les appliquer dans un secteur sensible pour ces derniers, le déséquilibre dans les rapports de force économique et politique risquerait néanmoins de l'en dissuader<sup>(163)</sup>. Pour qu'un tel effet contraignant puisse exister également dans les litiges opposant des pays à niveaux de développement économique différents, le dispositif des mesures de rétorsion croisée devrait subir une petite mutation, afin d'envisager une application collective, selon la situation des protagonistes laquelle mériterait une correction par le truchement d'une consécration d'un droit d'application de mesures de rétorsion collective en faveur des pays pauvres<sup>(164)</sup>.

Nul besoin d'être fin observateur pour percevoir que les commerçants, ce sont d'abord les agents privés, personnes physiques et sociétés. Les règles encadrant le commerce et les comportements sur les marchés se doivent donc de les régir. L'adaptation du droit de l'OMC aux nouvelles réalités du commerce mondial, en l'occurrence l'accentuation des situations anticoncurrentielles transfrontières due à la mondialisation des économies, passe nécessairement par une appréhension directe du comportement de ces derniers, autrement dit par l'intégration des personnes privées dans le système de règlement des différends. À défaut, le contentieux de la concurrence internationale tomberait dans le giron des arbitres internationaux, lesquels ont une vision étriquée du contenu de l'ordre public<sup>(165)</sup>. Sachant que l'arbitrage se trouve au service des multinationales qui, par ailleurs, représentent les acteurs dont le comportement pose le plus de problèmes, car difficile d'encadrement par un seul État, alors

---

(163) Heinemann (A), *La nécessité d'un droit mondial de la concurrence*, op.cit, p.311

(164) Farjat (G.), «Observations sur la dynamique du droit de la concurrence», op.cit, p.55.

(165) Boy (L.), «Mondialisation et contrôle des opérations de concentrations», in Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, p. 410

la nécessité d'ouvrir la juridiction de l'OMC aux particuliers devient une question urgente. Afin de la prendre en considération, deux moyens, l'un déjà testé ponctuellement et l'autre inédit, pourraient par exemple servir de canal d'ouverture<sup>(166)</sup>. Le premier correspond à la technique de l'*amicus curiae*. L'ORD s'y était montrée favorable et avait admis que des personnes privées puissent, en cette qualité, déposer des mémoires auprès des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel<sup>(167)</sup>. Le deuxième moyen d'intégration des particuliers repose sur une extension pure et simple du droit de porter plainte. Beaucoup plus difficile à réaliser, l'idée consisterait à reconnaître à la personne privée victime d'un comportement étatique enfreignant des dispositions de l'OMC, la possibilité d'agir envers son auteur devant l'ORD<sup>(168)</sup>.

## Conclusion

L'existence dans les accords commerciaux de l'OMC d'un ensemble de règles concurrentielles formant les rudiments d'un droit de la concurrence et la présence d'un système contraignant de règlement des différends, ont suffi pour établir la pertinence du cadre de l'organisation pour l'encadrement des comportements anticoncurrentiels internationaux, puis de disqualifier les autres instances qui auraient pu jouer ce rôle. Mais le droit identifié semblait en décalage par rapport aux enjeux actuels. En effet, alors que la mondialisation économique provoquait une augmentation des opérations de concentrations transfrontalières, une internationalisation croissante des marchés ainsi qu'une accentuation de la puissance des entreprises multinationales, autant de situations potentielles que concrètes d'agissements anticoncurrentiels d'origine privée, le droit en ques-

---

(166) Ibid.

(167) Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS58/AB/R, paragraphe 108, p. 38- 39 ; Rapport de l'Organe d'appel, opt. cit., WT/DS138/AB/R, paragraphes 40-41, p. 16-17.

(168) Djibril (N), OMC et droit de la concurrence: Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, op.cit, p.312

tion n'appréhende que les actes imputables à l'État. Et sa substance limitée ne permet pas de couvrir certaines branches clés de la matière concurrentielle, à l'instar des ententes ou du contrôle des concentrations. Le comblement des lacunes passait donc nécessairement par l'adoption d'un nouvel instrument spécifique. L'idéal aurait été de proposer d'emblée la conclusion d'un texte instaurant un véritable droit supranational, avec création d'une autorité internationale de la concurrence chargée de sa mise en œuvre.

### Liste des références

- Abdelgawad (W.), «Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence: vers l'élaboration d'un ordre juridique mondial de la *lex economina*», RIDE, N° 2/2001, pp. 161-196.
- Abdelgawad (W.), «Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC: Le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés», in Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et Droit de la concurrence-Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations*, Actes de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 237-267.
- Boy (L.), «Mondialisation et contrôle des opérations de concentrations», in Abdelgawad (W.) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 409-427.
- Canal-Forgues (E.), «Le Système de règlement des différends», in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges*, Actes de colloque, 1er-3 juin 1995, Nice, Pedone, 1996, pp. 281-292.
- Djibril (N), *OMC et droit de la concurrence (Le droit de l'OMC face au défi de la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration)*, Aix-Marseille Université, Faculté de droit et de science politique, Thèse de Doctorat en droit, 2015

- Farjat (G.), «Observations sur la dynamique du droit de la concurrence», in Canivet (G.) (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, L.G.D.J., 2006, pp. 3-29.
- Ghérari (H.), «L'influence de l'Organisation mondiale du commerce sur le droit de la concurrence (à travers le cas des Etats-Unis et du Mexique)», in Canivet (G.) (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 249-282.
- Ghérari (H.), «Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'organe de règlement des différends de l'OMC», in Abdelgawad (W.), *Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations*, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 289-324.
- Heinemann (A.), «La nécessité d'un droit mondial de la concurrence», *RIDE*, N° 3/2004, pp. 293-324.
- Immenga (U.), «Le droit de la concurrence dans l'économie globale», in *Philosophie du droit et droit économique, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, éditions Frison-Roche, 1999, pp. 405-415.
- Ligneul (N.), «Droit international de la concurrence: plaidoyer pour une approche intégrée et progressive», *R.M.C.U.E.*, n° 430, juillet-août 1999, pp. 458-463.
- Okiémy (B.), «L'OMC face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence», in Osman (F.) (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce: vers un droit mondial du commerce?*, Actes et Débats de colloque, 2 mars 2001, Lyon, IEP de Lyon, Bruylant, 2001, pp. 61-86.
- Philippe (J.), Guyon (A.) et Gurov (Y.), «Les cartels internationaux», in Canivet (G.) (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 177-248.
- Rainelli (M.), «L'OMC: Vers une régulation de la mondialisation marchande?», in Laroche (J.) (dir.), *Mondialisation et gouvernance mondiale*, Puf, mars 2003, pp. 57-66.

- Rioux (M.), «Vers un droit mondial de la concurrence?» Cahiers de recherche-CEIM (99 08), (GRIC), Université du Québec à Montréal, décembre 1999.
- Ruiz Fabri (H.), «Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce», JDI, 1997, pp. 709-755.
- Sélinsky (V.), «Mondialisation et ententes injustifiables», in Abdelgawad (W.) (dir.), Mondialisation et droit de la concurrence – Les réactions des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, Actes et Débats de colloque, 14-15 juin 2007, Dijon, CREDIMI, Litec, 2008, pp. 352-382.

