

# Jurisprudence traditionnelle OMC

Jusqu'aux décisions récentes (2004)

- *Mexico-Telecommunication*
- *Canada-Wheat and Grain*

Jurisprudence OMC fondamentalement axée sur les effets des lois, règlements et mesures administratives sur l'accès aux marchés (non-discrimination, traitement national).

# The Korea –Alcoholic Beverages

1998 (dernière affirmation de la position traditionnelle)

*While the specifics of the interaction between trade and competition law are still being developed, we concur that the market definitions need not to be the same...*

*Trade Law ...focuses on the promotion of economic opportunities for importers through the elimination of discriminatory governmental measures which impair fair international trade.*

*Thus:*

*Trade law addresses the issue of the potentiality to compete.*

*Antitrust law focuses on firm's practices or structural modifications which may prevent or restrain or eliminate competition.*

# Japan-measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper 1998 (premier signe d'évolution)

- *...there have been a number of trade disputes in relation to which panels have been faced with making sometimes difficult judgments as to the extent to which what appear on their face to be private actions may nonetheless be attributable to a government because of some government connection to or endorsement of those actions*

# Prise en compte de l'argumentaire en droit de la concurrence

- *Canada-Wheat and Grain*
- *Mexico-Telecommunication*

# Canada- Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés

Rapport du groupe spécial, 6 avril 2004, Rapport de l'Organe d'Appel, 30 août 2004, Adoption ORD , 27 septembre 2004

Les USA critiquaient le traitement accordé par le droit canadien à l'importation de grain ainsi que le régime, à leurs yeux discriminatoire, reconnu à la Commission canadienne du blé (CCB) en matière d'exportation.

Le panel, confirmé en appel, a rejeté la demande américaine mais seulement après avoir conduit une analyse détaillée de la structure juridique, des privilèges et du comportement de cette entreprise d'état.

# Canada- Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés

Le Groupe spécial a conclu qu'il:

*...ne voyait rien dans la structure juridique de la CCB, dans son mandat, ni dans ses privilèges qui l'inciterait à établir une discrimination entre les marchés pour des raisons qui n'étaient pas commerciales.*

Confirmation de l'aptitude des panels à examiner la conduite commerciale d'entreprises d'état susceptibles de constituer des mesures violant des accords OMC

# Mexique- Mesures visant les services de télécommunications

- Contentieux plus connu sous l'appellation « affaire Telmex »
- Intervenu dans le cadre de l'Accord Général sur le commerce des services (AGCS, GATs en anglais , pilier service de l'OMC)
- Rapport du Groupe spécial 2 avril 2004
- Adopté par l'organe de Règlement des Différents (ORD) 1 juin 2004.
- Décision non contestée par le Mexique. Pas d'appel. A donné lieu à un règlement négocié.  
(échange de courrier du 1 juin 2004)

# Telmex: engagements en matière de télécommunications

Dans le cadre de l'AGCS, le Mexique a souscrit des engagements spécifiques en matière de télécommunications au titre de

- l'article XVI (*Accès aux marchés*)
- l'article XVII (*Traitement national*)
- L'article XVIII (*Engagements additionnels*)

Ces engagements additionnels sont contenus dans un document dit Document de référence



# Telmex: interconnexion USA/Mexique coûteuse

Les États-Unis, dont la population est fortement consommatrice de consommations téléphoniques avec le Mexique, estimaient que le Mexique avait laissé s'établir par l'entremise du plus gros opérateur Telmex, des tarifs exceptionnellement élevés pour l'interconnexion entre les États-unis et le Mexique

# Telmex: Arguments notamment en droit de la concurrence

Contestation de deux mesures édictées par les Règles mexicaines sur les services à grande distance internationaux (Règles GDI):

## 1. fixation des prix:

Chaque opérateur de centre tête de ligne international doit appliquer la même taxe de règlement uniforme à chaque appel à grande distance en provenance ou à destination d'un pays donné, quel que soit l'opérateur dont l'appel provient ou auquel il est destiné. La taxe est établie après négociation par le concessionnaire de services à grande distance détenant la plus grande part de marché

# Telmex: Arguments notamment en droit de la concurrence

## 2. Partage de marché

Chaque opérateur de centre tête de ligne international doit aussi appliquer le principe du « retour proportionnel ».

Selon ce principe, les appels entrants (ou les recettes associées) en provenance d'un pays étranger doivent être répartis entre les opérateurs au prorata de la part de marché de chacun dans les appels sortants à destination de ce pays.

## Fondement de l'argument: **engagements additionnels du Mexique**

Considérant ces deux mesures les Etats-Unis reprochaient au Mexique de n'avoir pas satisfait à certaines prescriptions de son Document de référence portant engagement additionnel que:

*... des mesures appropriées seront appliquée en vue d'empêcher des fournisseurs qui, seuls ou ensemble, sont un fournisseur principal, d'adopter ou de maintenir des pratiques anticoncurrentielles.*

# Telmex: étendue et limite de l'analyse concurrentielle

- Fournisseur principal
- Pratiques anticoncurrentielles
- Mesures appropriées

Les deux premiers termes montrent l'étendue de l'incursion du panel dans le droit de la concurrence. Le troisième terme marque les limites actuelles de cette incursion.

# Telmex: fournisseur principal et marché pertinent

Le panel observe que les pratiques anticoncurrentielles qu'il s'agit d'empêcher sont celles des fournisseurs qui, seuls ou ensemble, sont un fournisseur principal.

Le marché pertinent: *marché Etats-Unis-Mexique pour la terminaison des services de téléphonie vocale, de télécopie et de transmission de données avec commutation de circuits.*

Telmex est un fournisseur principal *par sa capacité d'influer sur les modalités de la participation au moyen de sa position sur le marché pertinent. (le panel souligne qu'il n'a aucune raison de modifier l'analyse faite de la même question dans le grief plus « trade law » examiné précédemment)*

# Telmex: en quoi consistent des pratiques anticoncurrentielles?

- Non définies par le document de référence
- Sens commun: actions qui diminuent la rivalité ou la concurrence sur le marché
- Les exemples de pratiques données par le document de référence (*subventionnement croisé anticoncurrentiel, obtention ou échange d'information ayant des résultats anticoncurrentiels*) offrent une énumération non exhaustive.

# Telmex: en quoi consistent des pratiques anticoncurrentielles?

Ceci étant, le panel trouve des éléments concordants de réponse dans:

- Le Document de référence
- La législation des Membres en matière de concurrence
- Certains Instruments internationaux



# Document de référence

Les exemples de pratiques données par le document de référence (*subventionnement croisé anticoncurrentiel, obtention ou échange d'information ayant des résultats anticoncurrentiels*)

- Montrent que des « pratiques anticoncurrentielles » peuvent comprendre des actions en matière de fixation des prix entreprises par le fournisseur principal
- et que des pratiques anticoncurrentielles peuvent comprendre une action entreprise par un fournisseur principal sans collusion ni accord avec d'autres fournisseurs.

# Document de référence

La possibilité de retenir une action non collusoire est renforcée par les indications concernant le fournisseur principal:

*...a la capacité d'influer de manière importante sur les modalités de la participation (prix et offre) sur un marché donné, par suite du contrôle qu'il exerce sur les installations essentielles ou de l'utilisation de sa position sur le marché.*

renvoie à deux notions concurrentielles:

- Monopolisation ou abus de position dominante influant sur les prix ou l'offre
- Pertinence d'une prise en compte de coordination horizontale des fournisseurs

# Législation des Membres en matière de concurrence

- Éventail varié des pratiques anticoncurrentielles, mais:
- Les pratiques qui sont illégales au regard des lois sur la concurrence des Membres qui en ont adopté comprennent:
  - les cartels ou accords horizontaux collusoires entre entreprises (fixation de prix, partage des marchés)
  - et autres pratiques comme abus de position dominante et restrictions verticales affectant le marché

# Certains Instruments internationaux

- Référence à article 48 Charte de La Havane de 1948
- Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives (ONU 1980)
- Recommandation OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998)
- Travaux du Groupe de travail de l'OMC sur l'interaction du commerce et de la politique de concurrence (rapports 2002 et 2003)

# Conclusion sur la notion de pratiques anticoncurrentielles

Tout ceci éclaire la portée des engagements additionnels souscrits dans le document de référence: ses auteurs savaient que des engagements sur l'accès aux marchés seraient insuffisants dans le secteur des services de télécommunications de base:

*Les Membres voulaient faire en sorte que les engagements concernant l'accès aux marchés et le traitement national ne soient pas affaiblis par un comportement anticoncurrentiel des monopoles ou des fournisseurs dominants qui sont particulièrement nombreux dans le secteur des télécommunications.*

*Nous constatons que l'expression « pratiques anticoncurrentielles » comprend (outre les pratiques mentionnées par Doc. De référence) en particulier les pratiques horizontales se rapportant à des accords sur la fixation des prix et le partage des marchés.*

# Les Règles Gdi obligeaient Telmex à adopter des pratiques anticoncurrentielles

- Telmex, fournisseur principal, n'avait d'autre solution que de négocier le tarif qui s'imposerait à tous les autres opérateurs et de transférer du trafic à d'autres fournisseurs ou d'accepter du trafic ou de conclure des accords d'indemnisation financière.
- Le mode de tarification a des effets équivalents à ceux d'une entente de prix
- Le retour proportionnel organise une répartition de parts de marché entre les fournisseurs mexicains
- Si les Règles GDI avaient cet effet, le Mexique ne peut pas être supposé avoir adopté des mesures appropriées pour empêcher ce comportement. Violation de l'engagement additionnel.

# Limites de l'analyse concurrentielle

Conclusion du panel:

*Notre constatation se limite à l'interprétation des obligations dans le cadre de l'AGCS qui incombent au Mexique au titre de la section 1 de son Document de référence, en ce qui concerne les Etats–Unis, et en ce qui concerne les mesures anticoncurrentielles très spécifiques sur le marché pertinent des télécommunications*

.

# Limites de l'incursion concurrentielle par le panel

- L'analyse concurrentielle n'est pas utilisée pour elle-même mais pour les besoins du bon aboutissement des finalités propres à l'OMC (accès aux marchés)
- En l'espèce le panel disposait d'un fondement textuel qui l'invitait à cette incursion dans le droit de la concurrence.
- Sa conclusion reste limitée à l'affaire jugée.
- Il ne s'agit pas d'une prise en compte du droit de la concurrence pour ses vertus propres à l'échelle mondiale. Cette prise en compte plus globale suppose le succès d'éventuelles futures négociations multilatérales.