

L'accès aux marchés et la concurrence

MICHÈLE RIOUX

Le développement d'un puissant triptyque commerce-investissement-concurrence marque les transformations actuelles qui affectent l'économie mondiale. Il est donc peu surprenant que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) cherche à étendre les règles du commerce international aux domaines de l'investissement et de la concurrence qui sont, jusqu'à tout récemment, des questions qui relèvent plutôt des instances nationales. Toutefois, les enjeux sont considérables et s'il est question de négocier des accords sur ces questions à l'OMC depuis la rencontre de Singapour en 1996, rien ne permet de penser que des négociations seront fructueuses. Il reste que la Déclaration ministérielle de Doha ouvre un tout nouveau chapitre dans l'élaboration de nouvelles règles commerciales et que l'on peut déjà, en matière de concurrence, saisir les grands axes de ce que l'on peut désormais appeler une nouvelle culture de la concurrence qui tend à être généralisée à tous les pays du monde, notamment à l'OMC. Cela dit, l'approche reste minimaliste puisque les États, à commencer par les États-Unis, ne sont pas prêts à abandonner leur souveraineté dans un domaine aussi stratégique.

La concurrence : un chaînon manquant

Après l'échec de la Charte de La Havane qui comprenait un chapitre sur les pratiques restrictives du commerce, le GATT n'a pratiquement pas abordé la question des pratiques commerciales restrictives sauf en adoptant, en 1960, une déclaration visant à favoriser la notification et la consultation en matière d'application des politiques de la concurrence. La concurrence a toutefois fait l'objet d'une résolution des Nations Unies établissant les principes et les règles convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques restrictives¹. Bien qu'elle n'ait qu'une valeur morale, il faut remarquer que l'approche s'inscrivait dans une perspective de contrôle des pratiques restrictives des firmes transnationales (FTN) et d'une prise en compte des besoins des pays en développement (PED), ce qui n'a pas manqué de susciter la résistance des pays développés à en faire un instrument contraignant.

Dans les années 90, les questions de concurrence ont resurgi sur la scène internationale de manière très marquée, tant aux niveaux bilatéral et régional que multilatéral. Plusieurs facteurs expliquent l'intérêt croissant envers la concurrence. Non seulement s'agit-il de trouver des solutions aux problèmes d'accès au marché qui découlent des pratiques privées et des conditions de la concurrence sur les marchés nationaux, mais aussi de réduire les recours aux mesures antidumping, d'internationaliser le droit de la concurrence et d'établir des règles et des institutions adaptées à la globalisation économique, notamment au développement du pouvoir de marché des FTN, à la multiplication des fusions-acquisitions internationales, etc.²

1. En 1980, les Nations Unies ont adopté la Résolution 35/63 qui constitue un « Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques restrictives ».

2. Bernard HOEKMAN, *Competition Policy and the Global Trading System: A Developing Country Perspective*, Policy Research Working Paper, n° 1735, Washington (D.C.), World Bank, 1997.

De nombreuses propositions ont été faites. Par exemple : 1) la création d'une autorité antitrust responsable de faire appliquer des règles communes et harmonisées de concert avec les autorités nationales³ ; 2) la création d'un *International Competition Policy Office* qui obligerait les États à prendre des mesures au niveau de l'élimination des exemptions des cartels commerciaux, de l'abus de position dominante sur les marchés internationaux et des procédures d'approbation des fusions⁴ ; et 3) une coopération bilatérale accrue et l'élaboration d'un accord plurilatéral dans le cadre de l'OMC sur certains principes de base qui serait mis en œuvre par les autorités nationales⁵.

Les États reconnaissent l'importance de la coopération internationale. Ils font de plus en plus usage du principe de courtoisie⁶ et l'on voit de plus en plus d'accords commerciaux bilatéraux et régionaux inclure des dispositions liées à la concurrence. De leur côté, les États-Unis sont plutôt favorables à une approche minimaliste fondée sur les lois existantes et les compétences nationales mais, depuis quelques années, ils sont de plus en plus favorables à l'internationalisation du droit de la concurrence et à la création d'un forum global ou

3. Wolfgang FICKENTSCHER (dir.), *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995.

4. Frederic M. SCHERER, *Competition Policies for an Integrated World*, Washington (D. C.), The Brookings Institute, 1994.

5. Il s'agit ici du Van Miert Report. Commission des Communautés européennes, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, rapport du groupe d'experts, Bruxelles, Office des publications officielles des communautés européennes, 1995.

6. Ce principe limite les effets extraterritoriaux de l'application des politiques de la concurrence qui pourraient être préjudiciables aux entreprises étrangères et aux partenaires commerciaux et peut réduire les conflits internationaux. Le principe de courtoisie positive permet aussi de coopérer dans l'application des dispositions de la politique de la concurrence et non plus simplement à restreindre leur application. Son application reste volontaire et dépend de l'esprit de coopération qui existe entre les autorités nationales concernées.

d'un réseau international sur la concurrence⁷. En 2001, un Réseau international de la concurrence a été créé afin d'améliorer l'application des lois et des politiques de la concurrence et de favoriser l'émergence de « bonnes » pratiques. Néanmoins, rien n'indique, pour le moment encore, que les États soient prêts à s'engager trop loin dans l'élaboration de règles communes ni dans la mise en place d'institutions qui seraient responsables de les faire appliquer, exception faite de l'Union européenne qui a développé un droit supranational en la matière. En réalité, les enjeux sont tellement importants que le consensus sur l'idée générale de la nécessité de la coopération internationale s'érode rapidement lorsqu'il est question de définir les règles et les principes communs et de déterminer quel forum est le mieux indiqué pour aborder la concurrence.

L'Union européenne a été l'un des plus importants défenseurs d'une démarche visant à en arriver à un accord à l'OMC sur la concurrence. De nombreux obstacles semblent quasiment insurmontables. Le plus notable d'entre eux est certainement que la plupart des pays membres ont très peu d'expérience en matière antitrust et qu'ils n'ont que peu de ressources pour s'investir dans de tels processus de développement institutionnel. Par ailleurs, l'accent mis sur les problèmes d'accès au marché pourrait s'avérer insuffisant et surtout, favoriser les pays industrialisés et les grandes FTN qui, somme toute, sont les premières à déployer leur énorme pouvoir de marché sur la planète et à en abuser.

L'OMC et la concurrence

Quelques accords de l'OMC ont déjà incorporé des principes de concurrence, notamment l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord sur les

7. U.S. Department of Justice, *International Competition Policy Advisory Committee Report*, 2000, [en ligne] (www.usdoj.gov/atr/icpac).

mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et l'Accord sur les télécommunications de base (ATB). Il s'agit surtout d'introduire dans les accords spécifiques un engagement des États à prendre des mesures qui visent à garantir que les objectifs en termes d'accès au marché ne sont pas contredits par des agissements anticoncurrentiels. Mais l'approche reste encore pour le moment très circonscrite et insuffisante dans un contexte de globalisation économique.

De plus en plus de disputes commerciales portent en effet sur des questions de concurrence, mais l'OMC n'a pas d'instruments véritablement adaptés pour y faire face. Les États-Unis ont réussi à porter l'affaire Kodak-Fuji à l'OMC en faisant valoir que le Japon tolérait une structure de marché laissant libre cours aux pratiques anticoncurrentielles de Fuji qui bloquaient les exportations de Kodak vers le marché japonais de pellicules photographiques. Si l'OMC n'a pas donné raison aux États-Unis, cette affaire a confirmé que les dispositions sur la non-violation permettaient de présenter des plaintes liées aux conflits entre la politique commerciale et la politique de la concurrence. Toutefois, ces dispositions restent peu adéquates pour aborder les problèmes de concurrence et un accord sur la concurrence pourrait grandement améliorer l'efficacité de l'OMC dans ce genre de différends.

On peut comprendre l'intérêt de négocier un accord sur la concurrence qui ferait en sorte 1) que les États prennent en considération les effets directs et indirects que les politiques économiques pourraient avoir sur la concurrence, 2) que la politique de la concurrence soit un élément clé de l'élaboration des politiques économiques, et 3) que le droit de la concurrence puisse contrôler les pratiques anticoncurrentielles d'une

manière cohérente⁸. Depuis 1996, il existe à l'OMC un groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence qui a poursuivi des travaux vers l'élaboration d'un accord-cadre qui mettrait de l'avant des principes et des procédures de base⁹.

La résistance exprimée face à l'amorce de négociations sur l'agenda de Singapour, qui inclut notamment la concurrence, est considérable. Les PED sont préoccupés par les problèmes de mise en œuvre des accords et se méfient de l'élargissement des négociations pour y inclure de nouveaux enjeux, notamment la concurrence. À Doha, il semble qu'ils aient finalement laissé la porte grande ouverte et que les négociations sur la concurrence soient amorcées.

Les premières ébauches de la Déclaration suggéraient deux voies possibles : soit le début des négociations, soit la continuation des travaux du groupe de travail. Juste avant la rencontre de Doha, une nouvelle version a omis de mentionner ces deux options et engageait plus fortement les pays à clarifier les éléments pouvant faire l'objet d'un accord multilatéral durant les deux années qui mèneront à la 5^e Conférence, lors de laquelle les modalités de négociation seraient établies.

La Déclaration de Doha fut considérablement révisée pour mettre plus d'emphasis sur l'assistance technique aux PED et aux pays moins avancés (PMA), sur la coopération avec d'autres organisations intergouvernementales, notamment la CNUCED, ainsi que sur les voies bilatérales et régionales afin de répondre aux besoins des PED. La Déclaration ministérielle reconnaît les besoins des PED et des PMA en termes d'assistance technique et prévoit une certaine souplesse à leur égard

8. UNCTAD, *Concentration of Market Power and its Effects on International Markets*, New York, Nations Unies, 1993.

9. Voir OMC, *Rapport annuel 1997*, vol. 1, dossier spécial : « Le commerce et la politique de la concurrence », Genève, 1997.

dans le cadre d'un éventuel accord. Par ailleurs, il est mentionné que les négociations n'auront pas lieu avant qu'une décision consensuelle ne soit prise lors de la prochaine conférence et qu'entre-temps, le groupe de travail fera avancer les travaux en vue de clarifier les principes fondamentaux (transparence, non-discrimination et équité procédurale), les dispositions sur les ententes injustifiables, les modalités d'une coopération volontaire, et le soutien en faveur du renforcement des institutions chargées de la concurrence dans les pays en développement.

Les États ont donc convenu que des négociations auraient lieu sur la base d'une décision consensuelle, mais rien n'est certain quant à la possibilité d'en arriver là. Le défi est déjà immense entre les pays développés et il devient quasiment insurmontable au niveau multilatéral puisque la grande majorité des Membres de l'OMC n'ont pas de tradition antitrust, et que nombre de pays n'ont même pas encore de lois sur la concurrence.

En pratique, les PED et les PMA devront subir un ajustement asymétrique pour niveler le terrain. Aussi, l'assistance et la coopération technique ainsi que la flexibilité de l'accord devront être, quantitativement et qualitativement, bien mesurées pour compenser cette asymétrie. La Déclaration semble reconnaître ce problème. Mais un problème plus profond existe : l'approche adoptée à l'OMC se résume essentiellement à trouver une solution aux problèmes d'accès au marché.

Concurrence et accès au marché

Il est trop tôt pour juger définitivement de l'approche qui sera adoptée à l'OMC, mais l'on peut se risquer à quelques prévisions. Les États ne vont pas établir des règles et des institutions communes en matière de concurrence. L'approche consiste plutôt à chercher une complémentarité entre la politique commerciale et la

politique de la concurrence au niveau national. Par ailleurs, elle tente de préserver l'autonomie des États et celle des marchés. Les lois et les institutions nationales seraient au centre de la mise en application de l'accord ; elles devraient garantir la concurrence de manière non discriminatoire. Sans être obligatoires, certains principes de coopération internationale viendraient favoriser l'efficacité des lois et la convergence des approches.

Incidentement, l'on retrouve sensiblement la même approche dans l'ébauche de l'accord qui doit mener à la création d'une Zone de libre-échange dans les Amériques, à savoir qu'aucune législation ni autorité régionale ne sera établie en matière de concurrence, et qu'il sera question de « niveler le terrain » en matière d'accès aux marchés. L'ébauche de l'accord inclut des dispositions calquées sur le chapitre 15 de l'ALENA qui engage les pays à prendre des mesures afin de favoriser la concurrence tout en insérant des dispositions sur la coopération volontaire qui sont, de leur côté, calquées sur les ententes bilatérales de coopération signées entre les États-Unis et ses deux voisins et entre le Canada et d'autres pays de la région¹⁰.

L'orientation est claire : chaque pays doit avoir des règles transparentes et disposer d'une autorité responsable en matière de concurrence afin d'empêcher que les bénéfices de la libéralisation commerciale soient remis en cause. Il s'agit aussi de faire en sorte que les dispositions institutionnelles en matière de concurrence incluent, entre autres, les marchés publics, les entreprises d'État et les « monopoles officiels ». Cette évolution signifie que l'accès aux marchés passe dorénavant par un modèle de bonne gouvernance qui requiert des États l'ajustement au principe concurrentiel. Rien n'est

10. Un accord de coopération a été signé par les États-Unis et le Mexique en 2000. L'Accord de libre-échange liant le Canada et le Costa Rica incorpore déjà les deux types de dispositions.

très clair sur les dispositifs institutionnels qui serviront à l'application de ces nouvelles règles mais l'on peut dorénavant dire que les contraintes et la surveillance s'orientent davantage sur les règles et les institutions nationales chargées de la concurrence que sur les entreprises elles-mêmes.

Il serait peu surprenant de voir un accord multilatéral prendre une forme similaire puisque la préoccupation principale est d'ouvrir les marchés nationaux à la concurrence et de mettre en place un environnement institutionnel favorable au déploiement des activités des FTN sur tous les marchés.

Cette approche comporte des failles évidentes. Premièrement, à ce jeu, ce sont les pays les plus puissants qui s'en tirent le mieux et qui seront les premiers à profiter des nouvelles règles du jeu. Deuxièmement, les FTN gagneront en puissance et en liberté bien que, paradoxalement, le droit de la concurrence doive plutôt, en principe, servir à poser des limites à leur marge de manœuvre. Les FTN ont recours à des stratégies allant du partage des marchés à la fixation des prix en passant par l'acquisition de concurrents, comme en témoignent les nombreux cartels internationaux ayant fait l'objet de poursuites dans les années 90 et la récente vague de méga-fusionnements qui a fait avancer la concentration dans plusieurs secteurs¹¹. S'il convient de tirer avantage des bénéfices du déploiement des FTN et de leurs réseaux, il convient aussi de trouver un moyen d'en limiter les abus¹². Une approche axée sur l'accès au marché ne permet pas de tenir compte de nombreux problèmes de concurrence, notamment les problèmes d'éviction

11. Notamment le cartel de la vitamine dirigé par Hoffman-LaRoche et condamné par le Canada, les États-Unis et l'Union européenne.

12. Voir CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000 : les fusions et acquisitions et le développement*, 2000 ; CNUCED, *World Investment Report 1997 : Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, New York et Genève, 1997.

d'entreprises locales qui ne sont pas nécessairement inefficaces. Troisièmement, il faut rappeler que les pays les plus avancés ont adopté des approches de plus en plus souples et guidées par des considérations stratégiques liées à la compétitivité, chacun cherchant à promouvoir le développement d'industries compétitives¹³. Ce troisième point mérite quelques remarques.

Bien que d'importants cartels internationaux aient fait l'objet de poursuites (sans parler de l'affaire Microsoft), le pragmatisme règne en matière de concurrence. D'une manière générale, les fusions et les alliances stratégiques sont présumées être un moyen pour les entreprises d'améliorer la productivité, la recherche et l'innovation, ainsi que l'accès aux marchés étrangers. On infère parallèlement que la concurrence internationale exerce un contrepoids sur le marché interne. Par contre, chaque pays réclame le droit d'examiner et de sanctionner les pratiques étrangères des entreprises comme des États, même si seulement les États-Unis et l'Union européenne peuvent véritablement s'imposer en la matière. En juillet 2001, l'Union européenne s'est opposée au rachat de Honeywell par General Electric, ce qui a été vivement critiqué par les États-Unis¹⁴. Les controverses se multiplient, et elles dépassent largement une simple problématique d'accès au marché. En réalité, elles révèlent une problématique qui doit nous faire réfléchir sur les limites d'une approche fondée sur l'accès au marché alors qu'il existe une forte propension chez les États à ne

13. Voir United States of America « Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High Tech Global Marketplace », *Antitrust and Trade Regulation Report*, Special Supplement, 70, 1765, Washington (D.C.), United States Government Printing Office, 1996.

14. Dans le cas DeHavilland/Aérospatiale-Alenia, en 1992, l'Union européenne a bloqué la transaction alors que le Canada l'avait autorisée. Depuis, elle s'est opposée à plusieurs transactions « étrangères » notamment dans le cas Boeing-McDonnell Douglas ou encore dans le cas WorldCom/Sprint, bien que dans le premier cas, une solution ait été trouvée et que dans l'autre cas, les États-Unis se soient aussi opposés à la fusion.

regarder que les problèmes de la concurrence qui existent ailleurs mais, parallèlement, à accepter les pratiques anticoncurrentielles sur leur propre territoire (ou régional, dans le cas de l'Union européenne).

Les nouvelles initiatives en matière de concurrence doivent être situées dans une perspective qui vise à généraliser le principe concurrentiel et à éliminer les contraintes et les obstacles au déploiement des FTN. Il s'agit de faire en sorte qu'une nouvelle culture de la concurrence soutienne le processus de libéralisation économique et non de mettre en place des règles et des institutions qui auraient pour effet de réduire la marge de manœuvre des entreprises, que l'on s'empresse par ailleurs d'élargir.

La recherche de complémentarité entre commerce et concurrence n'est pas incompatible avec le contrôle des pratiques anticoncurrentielles des entreprises. Toutefois, l'approche d'accès au marché peut paradoxalement accentuer les problèmes de concurrence puisqu'elle met l'accent sur la concurrence au niveau national alors que se déploient des FTN qui, lorsqu'elles ne tombent pas dans un vide juridique, voient leur pratiques justifiées et parfois même appuyées par les autorités nationales.

Lorsqu'il s'agit de contraindre les FTN à certaines disciplines, la communauté internationale n'a, en ce moment, que de vagues déclarations à faire pour demander aux FTN de respecter les lois nationales (transparentes et non discriminatoires) et de ne pas mettre en œuvre des comportements anticoncurrentiels. En outre, elle ne dispose que de piètres instruments de coopération internationale volontaire en matière de concurrence fondés sur le principe de courtoisie.

Un certain scepticisme est justifié quant à l'amorce et au contenu des négociations d'un accord sur la concurrence à l'OMC. Tous les pays membres de l'OMC,

pourtant, peuvent bénéficier du développement de la coopération internationale en matière de concurrence. Malgré de fortes réticences, les Membres de l'OMC, sous la pression soutenue de l'Union européenne, ont effectivement ouvert la porte à des négociations. Si les pays industrialisés démontraient plus de rigueur quant à la mise en œuvre du principe concurrentiel, les résistances du Sud pourraient se dissiper et les marchés pourraient gagner en cohérence et en efficacité. N'est-ce pas là, en principe, l'objectif recherché? Il revient aux pays industrialisés de démontrer leurs engagements envers la concurrence beaucoup plus qu'au reste des Membres de l'OMC de mettre leur pendule à l'heure de la nouvelle culture de concurrence qui, somme toute, n'a démontré ni sa robustesse ni son efficacité.

Si l'OMC doit être le forum où se développe une culture de la concurrence, elle doit se pencher sur la complexité des liens entre accès au marché et concurrence, et prendre au sérieux les écarts en termes de pouvoir de marché qui n'ont fait que s'accroître dans les années 90. Non seulement le succès du processus enclenché reposera-t-il sur la souplesse de l'accord et l'assistance technique accordée aux PED et aux PMA afin de tenir compte de leurs besoins, mais aussi sur le leadership des pays industrialisés dans la poursuite des agissements anticoncurrentiels dont, incidemment, les victimes les plus vulnérables se trouvent dans les pays du Sud.

Il faudra aussi rétablir un esprit de transparence et de non-discrimination au sein même de l'OMC en incluant la participation de tous les pays membres à l'élaboration de l'agenda des travaux ainsi qu'à la préparation de l'accord; un esprit qui n'a vraisemblablement pas été au rendez-vous à Doha en ce qui concerne la Déclaration elle-même.

Nous sommes encore loin de pouvoir réunir les conditions requises pour négocier un accord qui réponde de manière efficace aux enjeux normatifs que pose le triptyque commerce-investissement-concurrence. Il faudra, en outre, trouver un moyen d'éviter que les règles soient inéquitables et qu'elles soient finalement le reflet des règles et des institutions des États-Unis, qui constituent un modèle incontournable qui tend à être généralisé avec ou sans accord à l'OMC. L'ironie est que ce sera peut-être, comme cela s'est produit plusieurs fois, les États-Unis qui mettront un accord sur la concurrence en échec.