

CULTURE DE CONCURRENCE : LES LIMITES DE L'ANTITRUST INTERNATIONAL FACE À LA CONCURRENCE GLOBALISÉE

Michèle Rioux¹

Dans un contexte de globalisation, de nouvelles institutions et règles du jeu sont requises pour « réguler » l'économie mondiale². Aux niveaux national, régional ou international, de nouvelles formes de régulation ou de gouvernance se développent. De nombreuses questions animent les débats sur les formes qu'elles doivent prendre. En matière de concurrence, il est désormais largement reconnu que le contrôle des pratiques anticoncurrentielles ne peut plus reposer sur l'application de politiques nationales. Le paradoxe entre l'émergence d'un espace économique structuré à l'échelle globale et le vide institutionnel qui règne en matière d'organisation de la rivalité concurrentielle soulève une question de fond : comment s'opposer aux pratiques anticoncurrentielles des entreprises et des États à une échelle devenue mondiale ?

Nous sommes loin de pouvoir aborder les questions de concurrence dans une perspective mondiale et il n'est pas évident que nous puissions y parvenir un jour tant les résistances des États et des entreprises sont importantes. Toutefois, une nouvelle culture de concurrence est en émergence. Loin d'être une réponse adéquate aux défis et enjeux d'une concurrence globalisée, elle bénéficie aux acteurs, États et entreprises, les plus puissants, et elle exerce d'importantes pressions sur les acteurs qui détiennent moins de pouvoir sur les marchés et sur les institutions de l'économie mondiale. Cet article mettra en lumière la mouvance vers une *culture globale de concurrence* et portera un regard critique sur l'évolution récente de l'antitrust international.

LA CONCURRENCE GLOBALISÉE : DÉFIS ET ENJEUX

Jusqu'à tout récemment, il convenait d'aborder la concurrence dans une perspective différente selon le niveau d'analyse national ou international. Les deux espaces de concurrence n'étaient pas hermétiques, mais les débats étaient d'abord posés dans un cadre national pour être ensuite posés à une échelle internationale. Il n'est plus possible de distinguer entre la concurrence nationale et la concurrence internationale ; les conditions internes et externes de la concurrence sont désormais intimement liées³. La concurrence est globalisée. L'antitrust reste néanmoins fragmenté par les espaces nationaux.

Sur le plan international, la concurrence n'a pas fait, ou très peu, partie des débats. Les efforts pour mettre en place des règles internationales de concurrence n'ont jamais véritablement abouti et, exception faite du cas de l'Union Européenne, le droit de la concurrence est toujours développé et appliqué au niveau national⁴. S'il y a eu plusieurs débats au niveau international concernant la manière de contrôler les pratiques restrictives des entreprises, ils furent peu significatifs.

Dans la période de l'entre-deux-guerres, des discussions à la Société des Nations sur la cartellisation des échanges internationaux n'ont pas abouti. Après la guerre, les États-Unis ont insisté pour que les États, notamment l'Allemagne et le Japon, prennent des mesures pour éliminer les pratiques qui faussaient la concurrence. Plusieurs pays ont adopté des politiques de concurrence. Mais cela était loin de constituer un antitrust international. La Charte de La Havane prévoyait bien un chapitre engageant les États membres à prendre des mesures et à coopérer pour éliminer les pratiques

¹ Michèle Rioux enseigne au département de science politique et elle est directrice de recherche au Centre Études Internationales et Mondialisation de l'Université du Québec à Montréal. L'auteur remercie Christophe Peyron.

² La « concurrence globalisée » réfère aux nouvelles formes de concurrence dans le contexte de la globalisation. Elle est caractérisée par des rivalités oligopolistiques entre les firmes et les États. Nous définissons la globalisation économique comme un phénomène qui : 1) est au centre des transformations de l'économie mondiale depuis les années 70 ; 2) a comme vecteur principal le développement phénoménal des FMN; et 3) est caractérisé par un puissant mouvement en faveur du principe de concurrence.

³ Nous avons abordé l'impact de la globalisation sur la concurrence dans M. Rioux, « Globalisation et concurrence », *Études Internationales*, Vol XXXIII, no. 1, mars 2002, pp. 109-136..

⁴ Pour un survol des développements de l'antitrust international, voir L. Fullerton et C. C. Mazard, « International Antitrust Co-operation Agreements », *World Competition*, volume 24, no. 3, 2001, pp. 405-423; et, F. Amato, « International Antitrust: What Future? », *World Competition*, volume 24, no. 4, 2001, pp. 451-473.

commerciales restrictives privées et publiques⁵, mais plus de cinquante ans après, il n'existe toujours pas de règles contraignantes ni d'institutions internationales en matière de concurrence.

Certes, en 1980, la Résolution 35/63 des Nations-Unies a établi *L'ensemble de règles et de principes convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives*. Cet instrument fait appel à la coopération tout en prenant en considération les besoins des pays en développement (PED) en ce qui concerne l'application des lois, l'assistance technique et le renforcement des capacités. En parfait accord avec la logique inter-gouvernementale, aucune institution supranationale ne fut créée et l'application des règles reposait sur la bonne volonté des États. En 1985, le Groupe des 77, réclamera de rendre obligatoire l'application de ces règles et de ces principes. Cette initiative échouera. De son côté, l'OCDE a constitué un forum important pour la concurrence. Plusieurs recommandations de l'OCDE portent sur la concurrence, notamment sur la coopération, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux, les ententes injustifiables, la notification des fusions et acquisitions (F&A). À cela s'ajoute, la mise sur pied récente d'un forum mondial sur la concurrence. Il n'en demeure pas moins que l'OCDE fait appel à la coopération volontaire, la coopération formalisée par des accords de coopération bilatérale et à la convergence vers de bonnes pratiques en matière antitrust⁶.

Dans les années 80, on constatera que les tentatives pour développer des obligations internationales en matière antitrust ont échoué. Par ailleurs, sur le plan national, les questions de concurrence étaient également perçues comme assez marginales. S'il était question de faire jouer la concurrence, l'approche adoptée privilégiait des mesures pro-actives consistant à promouvoir la concurrence dans l'ensemble de la politique économique nationale, qu'il s'agisse de la politique commerciale, des régimes sur l'investissement international, ou des réformes économiques orientées sur les dérèglementations et les privatisations⁷.

Le constat est clair : il n'existe pas de droit international de la concurrence. Les années 90 furent toutefois marquées par un revirement qui a remis la concurrence à l'ordre du jour des négociations internationales. Plusieurs facteurs ont joué. Premièrement, les politiques nationales étaient de plus en plus confrontées à des problèmes de concurrence débordant les espaces nationaux. Avec la vague de F&A internationales et la multiplication des cartels internationaux, les politiques nationales de la concurrence jouent une partie qu'elles ne peuvent remporter⁸. Deuxièmement, les négociations commerciales rencontrent de nouvelles problématiques d'accès au marché et de concurrence déloyale. Les États cherchent à niveler le terrain de la concurrence. Troisièmement, les États-Unis ont revitalisé l'action antitrust⁹. Quatrièmement, la concurrence complète les réformes

⁵ Les États devaient s'engager à prendre des mesures contre les pratiques commerciales restrictives qui affectent les échanges internationaux ; des dispositions portaient sur la coopération et une éventuelle Organisation Internationale du Commerce qui aurait mené des enquêtes et émis des recommandations. La Charte n'a pas été ratifiée. La communauté internationale s'est rabattue sur les accords du GATT et en 1960, une déclaration du GATT a porté sur la notification et la consultation des problèmes de concurrence ; cette dernière n'a été utilisée qu'une seule fois.

⁶ L'OCDE demeure, malgré des efforts pour inclure des non-membres, un club restreint de pays développés.

⁷ Les problèmes de compétitivité étaient beaucoup plus préoccupants que les problèmes de concurrence, tant aux États-Unis et au Canada qu'en Europe. Les politiques de la concurrence ont accordé une importance accrue aux objectifs d'efficacité économique et d'innovation par rapport à l'objectif de favoriser la rivalité concurrentielle. Dans le contexte d'affirmation des thèses néo-libérales, les approches structuralistes étaient abandonnées, en raison de leur méfiance vis-à-vis de la concentration des marchés. L'on estimait par ailleurs que les problèmes de concurrence découlaient des barrières érigées par les États et qu'il valait mieux libéraliser les marchés que recourir au droit de la concurrence. Aussi, la globalisation et les changements technologiques ont été perçus comme un rempart efficace contre les pratiques anticoncurrentielles.

⁸ Si l'on ajoute les fusions et acquisitions au niveau national, le phénomène prend des proportions gigantesques. Selon le rapport de ICPAC (Etats-Unis, *International Competition Policy Advisory Committee Report*, 2000 – www.usdoj.gov/atr/icpac), les fusions et acquisitions dans le monde ont totalisé plus de 3 000 milliards (trillion) de dollars américains. Une étude sur les ententes internationales a recensé 40 cartels internationaux ayant fait l'objet de poursuites par l'UE et les États-Unis. Ils ont eu des effets sur plusieurs années et plusieurs marchés. Une étude signalait qu'en 1997, les PED ont importé 81 milliards de dollars américains de biens affectés par la fixation des prix. Voir M. C. Levenstein et V. Y. Suslow, « Private International Cartels and Their Effect on Developing Countries » *Background Paper for the World Bank's World Development Report 2001*, World Bank, Washington D.C., 2001.

⁹ La politique de concurrence américaine n'a pas renoué avec l'approche structuraliste des années 60, mais les États-Unis ont réactivé l'antitrust. L'affaire Microsoft sous l'administration Clinton est révélatrice. Certes, l'administration Bush est moins interventionniste. La décision contre Microsoft fut d'ailleurs renversée. En général, l'antitrust accorde plus de poids à l'analyse économique, aux gains d'efficacité, et aux solutions qui passent par le marché plutôt que par l'antitrust. J. Davidow, « United States Antitrust Developments in the New Millennium », *World Competition*, Volume 24, numéro 3, 2001, pp.

économiques qui accompagnent la mise en place d'une économie de marché ouverte sur l'extérieur, et l'abandon des politiques de protection des industries locales. Le développement de politiques de la concurrence est présenté comme un moyen d'accroître la compétitivité, celle des pays développés comme celle des pays en développement. C'est dans ce nouveau contexte que la concurrence devient un sujet chaud.

Dans une dynamique de globalisation dominée par une rivalité oligopolistique entre de puissants oligopoles qui entraînent par ailleurs les États dans une course à la compétitivité pour offrir, à leurs entreprises, les meilleures conditions possibles de compétitivité et, à leurs territoires, les meilleures conditions possibles d'insertion dans l'économie mondiale, comment contrôler les pratiques anticoncurrentielles ? Les réponses ne viennent pas facilement.

La montée en puissance des firmes multinationales (FMN) et le déploiement de réseaux corporatifs transnationaux ont révélé l'inefficacité des régulations nationales et les insuffisances des institutions internationales face aux nouveaux enjeux que pose les processus d'intégration en profondeur liés à la globalisation¹⁰. Au lieu d'ajuster les politiques nationales et l'ordre économique international à un environnement économique globalisée, et par le fait même difficilement maîtrisable, les États ont adopté le Consensus de Washington, ou pour mieux dire, des politiques économiques néo-libérales. L'abandon des politiques interventionnistes, la remise en cause du système de Bretton Woods, les accords de libéralisation commerciale, façonnent graduellement un nouvel ordre économique dont les États-Unis sont les principaux architectes. Après avoir amorcé le mouvement de déréglementation et de libéralisation, les États-Unis ont fait avancer leur vision de l'économie mondiale - une économie mondiale *libérée de toute contrainte*. L'application du *Trade and Competitiveness Act* et la signature d'accords commerciaux sont autant d'occasions de préciser les fondements d'une gouvernance de l'économie mondiale qui privilégie le principe de concurrence et soutient la globalisation économique. L'enjeu est surtout lié à l'approfondissement des réformes économiques pour créer l'environnement institutionnel nécessaire au bon fonctionnement des marchés et à une véritable libéralisation économique. La nouvelle culture de concurrence s'inscrit dans cette logique.

Si l'on renoue avec l'idée que la concurrence a besoin de règles et d'institutions et qu'elle est donc, elle-même, un objet de régulation, les débats actuels sur l'antitrust international sont toutefois très éloignés de l'approche adoptée par la CNUCED dans les années 70. Ce qui prédomine dans les débats actuels est la réalisation que le consensus de Washington ne suffit pas. Il faut lever le voile sur cette nouvelle culture de concurrence et reconnaître qu'elle vise plutôt à promouvoir l'économie de marché et à élargir l'espace de liberté des acteurs privés qu'à faire jouer la concurrence. L'on associe trop rapidement, dans l'optique néo-libérale, le libre marché et la concurrence. Certes, la globalisation soumet les acteurs économiques à de nouvelles formes de concurrence. Cependant, dans une perspective de rivalité oligopolistique, la globalisation peut aussi alimenter la multiplication des pratiques anticoncurrentielles et la concentration des marchés. D'une part, les situations concrètes de marché sont caractérisées par de multiples imperfections. D'autre part, plus l'on libéralise et dérègle, plus l'on alimente la formation de puissants oligopoles et les comportements stratégiques qui, dans la pensée libérale, correspondent à des comportements « déloyaux ». L'antitrust international prend ici une grande importance. Mais comme nous le verrons, les développements d'une culture de concurrence tendent à promouvoir l'économie de marché et la globalisation beaucoup plus que la concurrence.

UNE CULTURE DE CONCURRENCE

Un droit mondial de la concurrence n'est actuellement pas une solution réaliste. Une telle évolution n'est souhaitée ni par les États ni par les entreprises. Ce qui tend à se développer est

425-442.

¹⁰ L'intégration en profondeur se distingue par le rôle que joue les FMN dans les processus intégratifs par rapport à une intégration en surface essentiellement fondée sur les échanges commerciaux entre entreprises nationales. L'intégration en profondeur comporte un volet institutionnel important; à ce sujet, voir C. Deblock, D. Brunelle et M. Rioux, « La Zone de libre-échange des Amériques et la reconfiguration des relations économiques continentales dans une perspective d'intégration en profondeur », dans H. Regnault (dir), *Régionalisme et intégration des petites économies*, Économica, Paris, 2003, pp. 313-325.

davantage une gouvernance de la rivalité concurrentielle fondée sur une *culture de concurrence*. Cette culture de concurrence est développée dans le cadre des efforts pour établir de nouvelles disciplines commerciales et dans les nouvelles formes de coopération internationale en matière de concurrence.

1. *Prédominance des enjeux commerciaux : accès au marché et concurrence déloyale*

Les questions commerciales et de concurrence sont de plus en plus étroitement liées¹¹. Les entreprises sont confrontées à de nouveaux obstacles. Les comportements des entreprises autant que les politiques économiques des États peuvent limiter les effets positifs attendus d'un régime commercial libre-échangiste. Dans les années 80, les accords commerciaux ont incorporé de nouveaux domaines, tels que la concurrence, les investissements, les services, la propriété intellectuelle, etc... Les accords de libre-échange bilatéraux et régionaux qui intègrent des dispositions sur la concurrence sont aujourd'hui nombreux. La concurrence fait aussi partie, depuis 1996, des questions à l'ordre du jour des négociations multilatérales¹².

Certains accords de l'OMC, notamment l'accord sur les télécommunications de base et l'accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, ont incorporé des mesures relatives à la concurrence, mais l'approche est encore très circonscrite. Il s'agit d'aller plus loin et de faire en sorte que les États prennent en considération les effets directs et indirects que leurs politiques économiques peuvent avoir sur la concurrence, de faire de la politique de la concurrence un élément clé de l'élaboration des politiques économiques et d'appliquer le droit de la concurrence aux pratiques anticoncurrentielles d'une manière cohérente¹³. Dans cette perspective, la rencontre de Doha a jeté les fondations d'un Cadre multilatéral de la concurrence (CMC)¹⁴. L'objectif est de faire que la concurrence joue sur les marchés domestiques et que les entreprises étrangères ne soient pas désavantagées par les barrières érigées par les entreprises locales et par les politiques économiques des États.

Un CMC engagerait les États à respecter trois principes : la transparence, la non-discrimination et l'équité de la procédure. Plus spécifiquement, il est question d'interdire les ententes injustifiables¹⁵, de préciser les modalités d'une coopération volontaire et de favoriser le renforcement progressif des institutions de la concurrence dans les PED. Mais les négociations sont difficiles ; la rencontre de Cancun est là pour en témoigner. L'opposition entre les pays développés et les PED ne sera pas aisée à surmonter. Pour les pays développés, principalement l'Union européenne, un CMC constituerait un signal positif pour attirer les investissements. Les PED n'en sont pas encore là, pour beaucoup d'entre eux les priorités sont l'agriculture, les ADPIC, le traitement spécial et différencié (TSD) et les questions d'accès au marché, et certainement pas les questions de Singapour, comme la concurrence. Il existe une crainte, au demeurant fort légitime, que les besoins des PED ne soient pas convenablement pris en compte. Certes, la déclaration de Doha spécifiait que les besoins des PED seraient reconnus, mais plusieurs zones d'ombre persistent. D'abord, de nombreux PED cherchent à faire reconnaître le TSD comme l'un des principes fondamentaux du CMC, alors que les pays développés s'y opposent. Ensuite, les PED sont encore nombreux à n'avoir jamais élaboré de lois sur la concurrence¹⁶. Sans véritable expérience dans ce domaine, ils sont désavantagés dans des négociations aux modalités encore très imprécises. Par ailleurs, les engagements des pays à respecter les principes de transparence et d'équité de la procédure (droit de défense, recours judiciaire, confidentialité des informations) entraîneront des coûts importants pour ceux dont les capacités et les ressources sont limitées. Plus fondamentalement, certains avancent l'idée qu'un CMC ne manquera

¹¹ Voir OMC (1997), *Rapport annuel 1997*, volume 1, Dossier spécial: "Le commerce et la politique de la concurrence", Genève.

¹² Un Groupe de travail a été créé afin d'élaborer un accord-cadre. Dans le cadre d'un CMC une liste négative serait utilisée, ce qui implique une libéralisation générale avec la possibilité de notifier des exemptions ou des exceptions. Un deuxième scénario consisterait à aborder la concurrence à travers divers accords sectoriels, par le biais de listes positives.

¹³ CNUCED (1993), *Concentration of Market Power and its Effects on International Markets*, New York, Nations Unies.

¹⁴ Voir J. L. Clarke et S. J. Evenett, « A Multilateral Framework for Competition Policy? », in S. J. Evenett (dir.), *The Singapore Issues and the World Trading System: The Road to Cancun and Beyond*, Bern, World Trade Institute, 2003. Disponible en ligne.

¹⁵ Les questions plus complexes sont reportées à une seconde phase.

¹⁶ Des 142 pays de l'OMC, 50 n'ont pas élaboré de cadre en matière de concurrence et nombreux sont ceux dont la politique de concurrence a moins de 10 ans.

pas de réduire la marge de manœuvre des États dans leurs politiques économiques et de provoquer la disparition de pans entiers des économies. Pour leur part, les pays développés souhaitent que le TSD soit intégré en tant que mesure de sauvegarde et non pas comme un des principes fondamentaux d'un CMC ; il ne serait qu'un instrument ponctuel qui n'aurait pas vocation à être permanent.

Le problème le plus important est tout autre ; il se trouve dans la résistance des États, en premier lieu des États-Unis, qui ne veulent pas de règles contraignantes et d'institutions supranationales en ce qui concerne les problèmes de concurrence. D'ailleurs, un éventuel CMC ne devrait pas offrir d'alternatives à la coopération volontaire en matière antitrust. La proposition de l'UE sur la mise en place d'un mécanisme de règlement des différends pour examiner les plaintes et la non-conformité des États-membres soulève des résistances. Dès le début des négociations, il a été établi qu'il ne serait pas question de créer un tribunal qui aurait le pouvoir de réviser les décisions prises par les autorités nationales. Il serait possible d'envisager que l'Organe de règlement des différends de l'OMC reçoive les plaintes sur les dispositions *de jure* (comme l'absence de législation sur la concurrence, le manque de transparence, l'absence d'équité dans la procédure, le non respect du principe de non-discrimination). L'idée est intéressante, mais irréaliste. Il est, en effet, difficile d'éviter que les disputes débordent sur des questions *de facto* et les États éprouvent beaucoup de difficultés à accepter qu'une institution puisse remettre en cause les décisions des autorités nationales. Néanmoins, une procédure d'examen par les pairs des régimes nationaux d'application du droit de la concurrence pourrait constituer un mécanisme de conformité à un futur CMC¹⁷.

Dans les Amériques, une gouvernance similaire est projetée. L'on découvre dans cette région toute l'importance de l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) comme lieu d'origine des formes que tend à prendre l'antitrust international. L'ALÉNA engage les États nord-américains à éliminer les pratiques anticoncurrentielles des entreprises privées, des monopoles et des entreprises d'État. Par contre, aucune question de concurrence ne peut faire l'objet d'un recours au mécanisme de règlement des différends. Il n'est question ni d'une politique commune ni d'institutions nord-américaines. La coopération volontaire est l'approche privilégiée et elle se cristallise dans les accords bilatéraux de coopération en matière de concurrence entre les partenaires. L'avant-projet de Zone de Libre-Échange des Amériques (ZLEA) laisse envisager des développements similaires. La ZLEA engagerait les 34 pays de la région à adopter ou à maintenir des mesures contre les pratiques anticoncurrentielles. Dans l'état actuel des choses, ceci signifie, pour la majorité des pays, le développement d'une politique de la concurrence et la création d'une autorité compétente en matière de concurrence. La mise en œuvre de l'accord reposerait toujours sur les autorités nationales ou infrarégionales et sur la coopération intergouvernementale. Un comité constitué de représentants des pays ou d'experts pourrait assumer la mission de promouvoir la coopération, d'assurer la mise en œuvre des mesures, et de coordonner l'assistance technique. Il est aussi question, bien que ceci soit sujet à de fortes controverses, de créer un mécanisme de règlement des différends pour résoudre les conflits liés au chapitre sur la concurrence et permettre les recours investisseurs-État. Le phénomène le plus révélateur est que les monopoles et les entreprises d'états sont abordés d'une manière fort détaillée. Elles apparaissent très contraignantes pour les réglementations nationales et privilégient la surveillance de la concurrence au détriment d'une régulation orientée vers d'autres objectifs plus en rapport avec l'idée d'intérêt public. Il en découle qu'une forte pression s'exercerait sur les régimes nationaux de concurrence et sur les États, bien davantage que sur les entreprises elles-mêmes¹⁸.

Les disciplines commerciales sont teintées par un modèle de gouvernance favorable aux intérêts des FMN. Elles visent essentiellement les barrières à l'accès aux marchés nationaux et la promotion de politiques de concurrence non-discriminatoires pour les entreprises étrangères. Il est par contre plus difficile d'imaginer la manière dont les États, plus particulièrement les PED, imposeront des règles de concurrence à des acteurs aussi puissants que les FMN. Il faudrait, pour ce faire, renforcer la coopération internationale. Si des efforts dans cette direction sont notables, ils ne dépassent pas le cadre de la coopération volontaire, ce qui en limite considérablement les bénéfices.

¹⁷ Méthode utilisée à l'OCDE et à la CNUCED.

¹⁸ Pour une mise en perspective des enjeux actuels, voir M. Lee et C. Morand, *Competition Policy in the WTO and FTAA : A Trojan Horse for International Trade Negotiations?*, Canadian Center for Policy Alternatives, 2003.

2. La coopération internationale en matière de concurrence : volontaire pour les États et favorable aux entreprises

La coopération internationale en matière antitrust gagne en importance. Avec des accords de coopération bilatérale, plusieurs États se sont engagés à respecter le principe de courtoisie. Ils appliquent les lois sur la concurrence dans le respect des intérêts de leurs partenaires, et ils notifient les mesures pouvant affecter des intérêts étrangers sur leurs territoires. Ils cherchent à prendre des mesures antitrust les moins préjudiciables pour leurs partenaires commerciaux. De nouveaux accords de coopération bilatérale ont enrichi le contenu du principe de courtoisie. Depuis la signature de l'accord de coopération entre les États-Unis et l'Union Européenne en 1991, il est désormais question de courtoisie positive en vertu de laquelle un État peut demander à l'un de ses partenaires de mettre en oeuvre une action antitrust contre des pratiques dont les effets affectent ses intérêts et de mener des actions conjointes pour contrer les pratiques anticoncurrentielles transfrontalières.

Les effets positifs des accords bilatéraux sont nombreux. Plusieurs cartels internationaux ont été condamnés et certaines fusions internationales ont été bloquées ou bien leurs effets anticoncurrentiels ont été réduits par des mesures correctives. Par exemple, la fusion WorldCom-Sprint fut interdite par les États-Unis et par l'Union européenne et la fusion Boeing-McDonnellDouglas fut permise sous certaines conditions suite aux réticences de l'Union européenne¹⁹. Néanmoins, l'application des accords repose encore et toujours sur la bonne volonté des partenaires et sur la compatibilité de la coopération avec les lois et les intérêts nationaux de chaque partenaire. La décision de la Commission européenne de bloquer la fusion General Electric/Honeywell, et la vive réaction des États-Unis sont à cet égard révélateur de la fragilité d'une telle gouvernance. Plus fondamentalement, la coopération bilatérale volontaire et l'harmonisation croissante des politiques nationales sont loin d'être adaptés aux enjeux de la concurrence globalisée. Elles suggèrent un bilatéralisme nettement favorable aux acteurs les plus puissants qui ont des capacités institutionnelles et un pouvoir de négociation comparables, comme les États-Unis et l'UE. La coopération est nettement déséquilibrée et discriminatoire pour les PED. À cela s'ajoute une limite encore plus fondamentale : l'absence d'un consensus international sur les pratiques à interdire et sur le rôle des politiques de concurrence.

La nécessité d'une convergence internationale en matière antitrust est aujourd'hui reconnue. Une initiative récente lancée par les États-Unis, la *Global Competition Initiative*, a débouché sur la création du Réseau international sur la concurrence. Ce réseau regroupe les autorités nationales, le secteur privé et plusieurs ONGs dans une vaste consultation sur les questions de concurrence²⁰ dont l'objectif est de promouvoir une plus grande convergence des lois et de leur application, et plus généralement, l'émergence d'une culture commune de concurrence. Se retrouve ici, essentiellement l'approche des États-Unis qui ne sont pas très intéressés à développer des obligations internationales sur les questions antitrust; ils redoutent notamment d'avoir à réduire leurs actions extraterritoriales, leurs mesures antidumping, et d'avoir à défendre ces dernières devant une instance internationale. Mais soyons réalistes, les autres États ne sont, en règle générale, pas plus intéressés à aller au-delà de la coopération volontaire. Reste donc la voie d'une coopération internationale minimaliste pour faire converger les lois et leur application vers des pratiques optimales - *best practices* - et favoriser ainsi une culture globale de la concurrence.

Cette approche souffre de plusieurs limites. La plus importante est que la convergence vers une culture mondiale de la concurrence peut mener à un nivellement par le bas. Ceci est d'autant plus probable que l'imposition d'une discipline concurrentielle peut désavantager les entreprises nationales face aux concurrents étrangers, et qu'elle peut réduire l'attractivité du territoire national pour les investisseurs étrangers. La globalisation économique et la nouvelle économie ont favorisé une conception de ce qui est « acceptable » qui correspond en quelque sorte à « anything you can get away with ». Les gouvernements, soucieux de ne pas étouffer l'initiative privée, l'innovation ou la croissance n'ont pas voulu établir un environnement institutionnel très contraignant - ils se sont plutôt

¹⁹ Sur la question des cartels, voir S. J. Evenett, M. C. Levenstein et V. Y. Suslow, « International Cartel Enforcement : Lessons from the 1990s, *World Economy*, Vol 24, no. 9, septembre 2001, pp. 1221-45.

²⁰ Le Réseau fut créé en 2001 suite aux recommandations du International Competition Policy Advisory Group (ICPAC) mandaté en 1997 pour réfléchir sur la concurrence dans un contexte de globalisation.

efforcés de lever les contraintes existantes. La convergence est marquée, ces dernières années, par deux phénomènes : l'assouplissement des politiques de concurrence pour tenir compte des objectifs de compétitivité dans un contexte de globalisation économique et de changements technologiques rapides, et le renforcement des politiques de concurrence lorsqu'il s'agit de contrer les pratiques anticoncurrentielles étrangères. De là à ce que les politiques de concurrence jouent un rôle stratégique qui les apparenterait à des politiques industrielle ou commerciale, il n'y a qu'un pas.

Comment établir des règles de concurrence à l'échelle internationale lorsque les pratiques anticoncurrentielles ne sont, bien souvent, qu'une des conséquences du laxisme des gouvernements, eux-mêmes engagés dans des stratégies compétitives qui les poussent à la surenchère, autant lorsqu'il s'agit de promouvoir les intérêts nationaux sur les marchés étrangers que lorsqu'il s'agit d'attirer les investissements étrangers chez eux ? Par contre, les États ont de plus en plus cherché à faire imposer une discipline concurrentielle aux entreprises étrangères lorsque leurs intérêts étaient menacés. La concurrence, c'est bon mais surtout pour les autres. La problématique peut être illustrée par la recommandation de 1998 à l'OCDE sur les ententes injustifiables qui illustrent les limites de la coopération volontaire et les effets de la fragmentation juridique en matière de concurrence. La recommandation ne comprend pas de définition d'entente injustifiable partagée par tous les pays, ce qui aurait été nécessaire si les pays avaient des obligations vis-à-vis de l'interdiction de ces ententes. Une entente injustifiable est une entente interdite par les autorités nationales et les États ont toute la marge de manœuvre pour autoriser les ententes, notamment les cartels à l'exportation comme les accords de coopération en R&D, etc.²¹ Il est difficile de ne pas être sceptique par rapport à l'impact de ce type de coopération. L'ambiguïté est encore plus grande sur des questions plus difficiles, comme celles des positions dominantes ou des fusions, qui sont généralement, dans le contexte des débats actuels, reportées à plus tard.

La convergence n'est donc pas une panacée et elle favorisera fort probablement l'adoption des règles des acteurs les plus puissants, en l'occurrence les États-Unis et l'Union européenne. Ces derniers possèdent les ressources les plus importantes et bien assez de muscles pour élargir le domaine de leur compétence, voire extraterritorialiser et exporter leurs droits de la concurrence, imposer des sanctions aux concurrents déloyaux, forcer les autres pays à « coopérer », mener à terme des poursuites longues et complexes ou encore assurer l'assistance technique aux pays qui n'ont pas de tradition antitrust. Si l'émergence d'une culture de la concurrence ne remet pas en cause les rivalités et les relations de pouvoir entre les États, elle s'articule aussi parfaitement avec les demandes des FMN.

UNE CULTURE DE CONCURRENCE AU SERVICE DE LA GLOBALISATION ÉCONOMIQUE

Si un droit international de la concurrence peut être pensé comme un moyen de contrebalancer la globalisation des marchés, les initiatives actuelles favorisent plutôt la globalisation économique et les intérêts des acteurs oligopolistiques les plus puissants. Les nouvelles règles du jeu soutiennent le processus de globalisation plutôt que de chercher à en maîtriser les effets néfastes et les imperfections. Il ne s'agit pas véritablement de développer des règles pour contraindre les acteurs privés à agir de manière à ne pas fausser le marché, ou à contrer l'émergence de puissants oligopoles nationaux et transnationaux, mais de réduire l'interventionnisme des États et de mettre la coopération internationale au service d'une mondialisation néo-libérale.

Une culture de la concurrence constitue, à plusieurs égards, une réponse aux demandes institutionnelles des FMN²². Les débats sur les FMN ont surtout mis l'accent sur les effets pro-concurrentiels ainsi que sur les bénéfiques - pour les PED en particulier - des investissements directs

²¹ À cela s'ajoute le fait que les ententes sont souvent interdites que dans la mesure où elles ont des effets sur le marché national ; les ententes qui ont des effets anticoncurrentiels à l'étranger ont peu de chance d'être contrées pour la simple raison que les lois sur la concurrence ne prennent en considération que les effets des pratiques sur le territoire national. Plusieurs développements, notamment aux États-Unis, exemptent les cartels internationaux d'entreprises américaines mis en œuvre à l'étranger s'ils n'ont pas d'effets sur le marché américain.

²² Il y a aujourd'hui 65 000 FMN, et près de 850 000 filiales étrangères dans le monde, mais les 100 plus grandes FMN représentent 1/10 de l'actif total de l'ensemble des filiales étrangères (CNUCED, *Rapport sur l'investissement mondial*, 2003). Les FMN sont quasiment toutes originaires des pays développés et concentrent leurs activités dans seulement quelques pays du monde, généralement dans les pays développés.

internationaux en termes d'efficacité, de transferts technologiques, d'apport de capital, etc. Certains documents²³ reconnaissent que les FMN posent des problèmes de concurrence, mais si coopération internationale il y a, celle-ci s'occupe plutôt d'élargir leur espace de liberté. Le temps des contrôles nationaux ou des projets de codes de conduite qui en appellent aux droits et devoirs économiques des entreprises est aujourd'hui révolu. En effet, il existe actuellement un triple consensus sur le fait que la priorité doit être accordée à l'harmonisation des règles en matière de protection de l'investisseur et de son investissement ; que le bon fonctionnement des marchés passe par la transparence et l'adoption de codes de conduite ; et qu'il est préférable d'en appeler à l'autodiscipline du marché et à la responsabilisation « volontaire » des acteurs privés. À cet égard, il est révélateur que, s'efforçant de répondre aux critiques venues de toutes parts contre son projet d'Accord multilatéral sur l'investissement international, l'OCDE se soit contenté d'y insérer la *Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales*. Concernant la concurrence, la déclaration mentionne que les FMN devraient : 1) se conformer aux règles et aux politiques établies en matière de concurrence dans les pays où elles opèrent ; 2) s'abstenir d'actions défavorables pour la concurrence (prises de contrôle anticoncurrentielles, comportements abusifs, refus de vendre, etc.), de participer à des ententes internationales ou nationales ; et, 3) coopérer lors des enquêtes avec les autorités compétentes des pays dont les intérêts sont affectés. L'approche mise sur l'autodiscipline des acteurs privés, le respect des lois nationales et la coopération volontaire, entre les États, et entre ces derniers et les FMN.

Les FMN bénéficient ainsi d'un vide institutionnel le plan international en matière de concurrence. Par ailleurs, les FMN sont également les principaux demandeurs de nouveaux cadres normatifs. Si elles exploitent la fragmentation de l'environnement juridique international, elles demandent également que les cadres juridiques nationaux soient harmonisés. Que ce soit dans les tentatives d'intégrer la concurrence dans les accords commerciaux ou dans les nouvelles orientations de la coopération internationale en matière antitrust, les demandes des FMN sont au premier plan. Il s'agit de lever les contraintes au déploiement de leurs réseaux transnationaux qui perdurent sur les marchés nationaux. Il s'agit également de favoriser l'harmonisation des cadres réglementaires afin de réduire les incertitudes et les lourdeurs administratives liées à l'existence de multiples cadres réglementaires à l'échelle mondiale. L'une des demandes les plus pressantes est de trouver une solution aux problèmes de « sur-régulation » des fusions-acquisitions (F&A). Si en Europe, un système unique a été établi à la fin des années 80, dans le reste du monde, il n'y a pas d'autorité supranationale responsable de juger de la légitimité des mouvements de concentration. Actuellement, l'examen de ces opérations requiert quelquefois des entreprises de se soumettre à plus de 50 examens nationaux dont les procédures et les objectifs diffèrent de manière considérable.

Coupée d'une volonté politique d'encadrement des comportements des acteurs privés, la nouvelle culture de concurrence favorise un ordre juridique qui accompagne la globalisation économique sans la maîtriser. Elle constitue une sorte de droit de la concurrence sans codes ni institutions qui s'articule parfaitement avec le préjugé favorable aux grandes organisations. Les États, entraînés dans une course à la compétitivité, ne sont-ils pas en train de mettre en place une régulation de la concurrence qui ne fait que renforcer les jeux de pouvoir au sein de l'économie mondiale tout en les mettant eux-mêmes, du moins les moins puissants d'entre eux, sous surveillance ? C'est certainement sur les relations entre les États que les tensions de la rivalité oligopolistique entre grands oligopoles semblent vouloir se cristalliser, ce qui résulte en grande partie des changements survenus dans les rapports entre les firmes et les États avec la globalisation économique.

CONCLUSION

Plusieurs tentatives ont été faites pour développer un antitrust international. Les débats et les instruments développés n'ont jamais réellement pu remettre en question le principe de souveraineté des États en matière de concurrence ni créer des contraintes fortes aux comportements des entreprises. L'hypothèse d'une alliance États-FMN peut être avancée. Les préoccupations des FMN, essentiellement la levée des contraintes au développement de leurs activités, rejoignent celles des

²³ Voir CNUCED (2000), *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000: Les fusions et acquisitions et le développement*; CNUCED (1997), *World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, New York.

États. La problématique est complexe puisque la concurrence globalisée implique tout autant les entreprises que les États eux-mêmes dans une rivalité oligopolistique.

Les débats d'après-guerre s'inscrivaient dans un paradigme caractérisé par la recherche d'un contrôle des pratiques restrictives des FMN et d'une prise en compte des besoins des PED. Le paradigme a changé et en matière de concurrence, l'on tend plutôt à promouvoir une culture de la concurrence à travers l'émergence de disciplines commerciales et la convergence des politiques de concurrence. La nouvelle culture de la concurrence favorise l'économie de marché bien plus que la concurrence. En ce sens, elle est au service de la globalisation économique; elle répond principalement aux préoccupations des FMN et s'inspire de la vision que se font les États-Unis de la régulation d'un capitalisme global.

Les États-Unis ont toujours cherché à exporter leur doctrine antitrust. Ils partagent désormais cette prétention avec l'Union Européenne. Les deux acteurs semblent s'entendre pour que la culture de la concurrence s'articule avec la déréglementation et des règles uniformes s'imposant à tous les acteurs sans que soient pris en compte les asymétries de pouvoirs économiques au sein de l'économie mondiale. C'est oublier qu'eux-mêmes déploient tous les moyens possibles, dans l'extrême limite des disciplines commerciales, de jouer sur les rapports de force et les rivalités oligopolistiques et qu'historiquement, les grandes nations et les grandes entreprises se sont construites à l'abri de la concurrence. Il serait souhaitable que les débats sur la concurrence aboutissent au développement d'un droit international de la concurrence permettant à la fois d'accroître les bénéfices de la libéralisation économique, de contrôler la concentration économique et de maîtriser quelque peu la globalisation économique. Malheureusement, les initiatives actuelles se limite à promouvoir une *culture de concurrence* qui, loin d'être à la hauteur des défis que soulève la concurrence globalisée, privilégie les intérêts des pays industrialisés et des FMN et réduit considérablement les possibilités d'élaborer et de mettre en œuvre des politiques économiques favorables à l'intérêt public²⁴.

²⁴ M. Rioux, « Concurrence et bien commun », in O. Delas (dir), *Le bien commun comme réponse à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 219-246.