

Sortir de la jungle

Pour une gouvernance des marchés mondiaux

Frédéric Jenny

Tout le monde ou presque en convient. La régulation est le maître mot de la mondialisation maîtrisée. Mais dès qu'il s'agit de donner un contenu concret à celle-ci les définitions et les priorités des acteurs divergent rapidement.

L'échec du sommet de l'OMC à Cancun en atteste. Pour des pays comme le Brésil par exemple, qui sont parvenus à bloquer la négociation, réguler la mondialisation signifie avant tout ouvrir les marchés du Nord à leurs exportations agricoles et supprimer les subventions à l'exportation des pays riches. C'est à leurs yeux un préalable.

Le point de vue de l'Europe est à cet égard sensiblement différent. Pour elle, l'ouverture des marchés n'est qu'un aspect du problème. La recherche de mesures régulatrices en matière d'environnement, de travail, de concurrence, d'investissement, de passation des marchés est aussi fondamentale.

Or de cela les pays du Sud ne sont pas tous convaincus, car la priorité reste pour eux l'accès aux marchés du Nord. C'est ce conflit de priorité qui explique notamment l'échec de Cancun. On comprendra donc dans ces conditions que la volonté des altermondialistes de vouloir ramener les débats à l'OMC à un affrontement entre forces de régulation et partisans du laissez faire relève de la caricature.

Le texte que nous présentons ici ne porte pas sur tous les enjeux de la régulation. Il s'intéresse à l'un d'entre eux qui est celui de la recherche d'une gouvernance en matière de concurrence.

Son propos essentiel consiste à montrer qu'il existe un décalage réel entre la mondialisation des marchés et leur régulation juridique. La conséquence de cet état de fait est la constitution de véritables cartels dont les principales victimes sont les pays du Sud.

Certes, la plupart des Etats se sont dotés de droits de la concurrence. Mais leur faiblesse réside dans le fait que ces droits restent purement nationaux et qu'ils sont de ce fait insuffisants pour combattre des cartels qui se jouent des frontières.

D'où une série de propositions que fait Frédéric Jenny pour que les règles de la concurrence deviennent effectives à l'échelle mondiale.

L'opposition de la plupart des pays en développement à la mise en œuvre de ce que l'on appelle les « Singapore issues », dont la concurrence fait partie, montre à l'Europe qu'il lui faudra conduire un véritable travail politique pour faire comprendre aux pays du Sud que la mise en œuvre de règles de concurrence joue fondamentalement en leur faveur.

Ce travail sera d'autant plus difficile que les Etats-Unis n'ont, pour des raisons bien explicitées par Frédéric Jenny qu'un intérêt limité à s'engager sur cette voie. De sorte qu'au final l'Europe reste le principal demandeur de régulation mondiale.

Cette interprétation heurtera probablement bien des préjugés sur l'Europe libérale. Mais cela n'enlève rien à sa réalité.

Frédéric Jenny est président du groupe de travail de l'OMC sur le commerce international et la concurrence.

© EN TEMPS REEL

Sommaire

OPTIMUM OU MAXIMUM DE CONCURRENCE ?	5
POURQUOI IL FAUT UNE REGULATION MONDIALE DE LA CONCURRENCE	7
COMMENT FONCTIONNENT LES CARTELS ?	10
Le cartel du ciment en Egypte	13
Le cartel mondial de l'aluminium	15
Le cartel du gros équipement électrique	17
PROPOSITIONS POUR UNE GOUVERNANCE DES MARCHES MONDIAUX	20
La généralisation de l'application extra-territoriale du droit de la concurrence	20
L'unilatéralisme américain	21
Vers un droit supranational de la concurrence ?	22
Le développement de la coopération entre autorités nationales	24
L'initiative européenne	26
CONCLUSION	28

La dernière rencontre de l'OMC à Cancun, a montré combien la question de la contribution du commerce mondial au développement économique et à la réduction des inégalités était devenue une question essentielle du débat sur la mondialisation. Il existe une forte présomption selon laquelle la croissance économique est favorisée par la libéralisation économique et commerciale et que cette croissance tend à son tour à réduire les inégalités et la pauvreté. Pour certains pays en développement, ce cercle vertueux est indéniable. Pour d'autres en revanche (principalement en Afrique et dans les anciens pays de l'Union Soviétique) le lien paraît bien moins évident.

Une seconde question, pour partie liée à la première, a, elle aussi, donné lieu à de vifs débats : pour que les effets bénéfiques du commerce international puissent se manifester, est-il suffisant que les Etats membres de l'OMC se contentent d'éliminer progressivement les barrières publiques au commerce ? Contrairement, en effet, à ce qui se passe au plan national où la libéralisation de l'économie va en principe de pair avec la mise en place d'instruments de régulation des marchés tel que le droit de la concurrence, aucune règle de gouvernance n'a été définie pour réguler les marchés internationaux dont l'expansion est favorisée par les engagements commerciaux pris dans le cadre des négociations multilatérales.

L'absence de toute régulation concurrentielle des marchés mondiaux dans le cadre multilatéral est d'autant plus troublante pour les Etats membres de l'Union Européenne que l'unification du marché européen et le démantèlement des barrières publiques aux échanges intracommunautaires ont été accompagnées par la mise en œuvre d'un droit communautaire de la concurrence fort. Celui-ci étant destiné à éviter, à la fois que les entreprises n'érigent des barrières privées aux échanges entre Etats membres, mais aussi qu'elles mettent en œuvre des pratiques anticoncurrentielles privant les consommateurs européens du bénéfice d'une concurrence accrue sur un marché élargi. Il n'est donc pas surprenant que ce soit l'Union Européenne qui ait, la première, souligné la nécessaire complémentarité de la régulation de la concurrence et de la libéralisation commerciale. Lors de la conférence de Singapour qui a conclu l'Uruguay Round elle a d'ailleurs obtenu que l'OMC étudie enfin cette question.

Il faut donc se demander clairement si, en l'absence de règles de concurrence applicables aux marchés internationaux, la libéralisation du commerce au plan multilatéral n'est pas une sorte de marché de dupes qui contraint certains pays à ouvrir leurs marchés pour mieux permettre aux entreprises qui opèrent sur ces marchés mondiaux d'abuser de leur pouvoir de marché en toute impunité. La contribution effective du commerce international au développement économique serait alors limitée, voire inexistante, et la critique de ceux qui estiment que le système commercial multilatéral est biaisé en faveur des entreprises les plus puissantes serait d'autant plus pertinente.

La mise en place d'une régulation concurrentielle des marchés internationaux n'est donc pas un luxe. Mais celle-ci ne marchera que si, d'une part, il est établi que des pratiques anticoncurrentielles affectent gravement le fonctionnement des marchés internationaux et si, d'autre part, la mise en œuvre des droits nationaux de la concurrence par les pays dotés de tels droits n'est pas suffisante pour lutter efficacement contre ces pratiques. De cela l'Union Européenne est convaincue. C'est pour cela qu'elle a mis sur la table des négociations un texte destiné à mieux gouverner les marchés mondiaux où en l'absence de gouvernance concurrentielle des marchés mondiaux un petit nombre de monopoles individuels ou collectifs ont recours à des pratiques d'exclusion ou d'abus de pouvoir au détriment des consommateurs, en particulier dans les pays en voie de développement.

La question qui se pose alors est celle de savoir quels moyens pourraient être adoptés pour remédier à cette faiblesse du système multilatéral. Là encore, l'Union Européenne a fait preuve d'initiative et a proposé la négociation d'un accord multilatéral sur la concurrence dans le cadre du cycle de Doha.

Les développements qui suivent ont pour objet de donner des éléments de réflexion sur ces différentes questions.

OPTIMUM DE CONCURRENCE OU MAXIMUM DE CONCURRENCE ?

En dépit des éléments de preuve attestant du lien entre libéralisation économique et commerciale, taux de croissance et réduction des inégalités et de la pauvreté, l'idée selon laquelle un certain degré de protectionnisme et la politique industrielle constituent la meilleure façon de promouvoir la croissance dans les pays en voie de développement est fréquemment invoquée. Cette idée est émise en particulier par ceux qui sont réticents vis-à-vis de la proposition de l'Union Européenne d'ouvrir des négociations en matière de concurrence dans le cadre multilatéral.

Une part substantielle de la réticence exprimée provient du fait que certains pays asiatiques, en particulier le Japon et la Corée, se sont développés rapidement et semblent avoir réussi à s'industrialiser en combinant des politiques protectionnistes et l'intervention de leurs autorités de politique industrielle. Il est ainsi fréquemment soutenu que la protection contre les importations, combinée à des limitations de la concurrence, ont permis aux entreprises japonaises de bénéficier d'un marché domestique captif très rentable. Cette rente les a aidé à maintenir un niveau élevé d'investissement, d'améliorer la qualité de leurs produits et également d'améliorer leurs performances à l'exportation notamment en bénéficiant de l'effet d'apprentissage pour réduire leurs prix. L'effet d'apprentissage aurait été particulièrement important pour les entreprises japonaises puisqu'en échange de la protection que leur offrait le MITI (Ministère japonais de l'Industrie et du Commerce), celui-ci exigeait qu'elles satisfassent des objectifs en matière d'exportation sur les marchés mondiaux¹.

En théorie, l'argument se tient. En pratique les choses paraissent moins simples.

Car il y a de solides raisons d'émettre des doutes sur l'efficacité de la politique industrielle dans le processus de développement du Japon² et cela en dépit de légendes fort tenaces.

Tout d'abord, il faut noter qu'aucune politique industrielle n'a été définie pour les industries qui se sont le plus développées et sur lesquelles a reposé l'essentiel de la croissance du Japon (telles que la fabrication d'appareils photographiques, de motos, de télévision, d'appareils vidéo, de robots industriels, de jeux vidéo, etc...).

En outre, l'industrie automobile, autre fleuron de la croissance japonaise, s'est développée alors que les industriels du secteur ont de façon répétée refusé d'accepter de mettre en œuvre la politique industrielle suggérée par le MITI. Ainsi, par exemple, en 1955 le MITI annonça un « Plan de Promotion de la Voiture Nationale » dont l'objectif était le développement d'une petite voiture

¹ Voir, par exemple, Ajit Singh : « Multilateral Competition Policy and Economic Development : A Developing Country Perspective on the European Community Proposals », mimeo July 2003

² Voir, par exemple, Tokuhiko Obata : « Industrial and Competition Policy : Japan's Experience », Communication au 8th International Workshop on Competition Policy, Seoul, Korea, 29 Avril-2 Mai 2003, mimeo

économique qui pourrait être exportée. Le plan prévoyait une concentration (par fusion) des producteurs de la Voiture Nationale afin de leur permettre de bénéficier d'économies d'échelles. Ce plan fut abandonné à la suite du refus de l'industrie automobile japonaise d'accepter les contrôles bureaucratiques du MITI. Dans les années 60, après la libéralisation des importations, le MITI publia un nouveau plan pour l'industrie automobile : le « Plan concentration ». L'objectif de ce plan était de concentrer les producteurs automobiles afin de constituer deux ou trois groupes capables de lutter contre la concurrence internationale. Là encore le plan échoua. A contrario, Honda annonça, en dépit des objections du MITI, son intention de rentrer sur le marché où il devint l'un des producteurs les plus performants.

Enfin, le MITI a enregistré des échecs retentissants dans certains des secteurs où il avait le pouvoir d'autoriser les investissements et où, par voie de conséquence, son intervention a été la plus lourde. Tel est le cas, par exemple de l'industrie pétrochimique. Ce n'est qu'après que le MITI eut cessé d'utiliser la cartellisation ou la création de filiales communes que la réorganisation de l'industrie a pu commencer.

Mais le passage du MITI n'aura pas été sans conséquences. Aujourd'hui encore, cette industrie n'est toujours pas compétitive. Relativiser les mérites du volontarisme industriel japonais, ne doit pas cependant nous conduire à sous estimer les avantages qu'une politique industrielle peut avoir sur la croissance.

En effet, au fur et à mesure du développement d'un pays, la structure industrielle évolue grâce au développement d'activités plus complexes et à plus forte valeur ajoutée. L'avantage comparatif du pays se modifie de telle sorte que certaines activités qui autrefois étaient source de revenus d'exportation deviennent moins compétitives au plan international et sont remplacées par de nouvelles activités génératrices de revenus à l'exportation. La politique industrielle peut incontestablement jouer un rôle important pour accompagner et faciliter ce processus de transition qui peut se heurter à de nombreux obstacles tels que l'absence de capitaux pour investir dans les industries nouvelles, l'organisation du repli dans les industries en perte de compétitivité etc....

En deuxième lieu, la politique industrielle dans les phases initiales du processus d'industrialisation peut faciliter l'absorption de la technologie développée dans d'autres pays du monde afin que cette technologie devienne la base des processus de production et de conception des produits locaux. En effet, faire le saut vers des processus modernes de conception et de production des produits n'est pas chose aisée. La technologie d'origine étrangère doit être importée et absorbée et tant que le pays importateur n'a pas une grande expérience ses coûts unitaires de production seront (en dépit de taux de salaires faibles) plus importants que les prix auxquels des produits comparables peuvent être fabriqués dans les pays développés. Aussi, pendant les premières phases du développement, il peut être nécessaire de protéger les pays les moins développés de la concurrence de firmes étrangères³.

Cependant, lorsque les industries exportatrices d'un pays sont des industries à forte valeur ajoutée, la politique industrielle n'est plus aussi utile et ne fonctionne plus aussi bien que lorsque le niveau de développement était moindre. En effet, d'une part, les processus de transition deviennent

³ Voir, par exemple, F.M. Scherer « International Competition Policy and Economic Development, Discussion paper n°96-26 Zenter für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, Industrial Economics and Management series, May 1996

plus faciles avec l'accroissement du niveau de développement et, d'autre part, plus le stock technologique du pays est substantiel, plus l'absorption de nouvelles technologies est facile.

En vérité, les pays en voie de développement ont besoin d'un « optimum » de concurrence plutôt que d'un « maximum » de concurrence (souhaitable dans les pays développés où la croissance économique n'est plus nécessairement le souci dominant). Certains secteurs méritent d'être encouragés et protégés d'une concurrence trop forte pendant les phases initiales du développement. Néanmoins, dans toute économie, et en particulier dans les pays en voie de développement, une partie substantielle de l'activité économique concerne des secteurs où les producteurs locaux ne sont que faiblement soumis à la concurrence étrangère (par exemple : les transports routiers, les biens de construction, les services professionnels, le commerce de détail, etc...) pour lesquels le problème de l'absorption de technologies étrangères ne se pose pas. Il est important tant pour des raisons sociales qu'économiques de s'assurer que ces secteurs sont aussi concurrentiels que possible et de disposer, pour obtenir ce résultat, d'un instrument juridique : le droit de la concurrence. Par ailleurs, comme nous le verrons ci-dessous, les pays en voie de développement peuvent être victimes de pratiques anticoncurrentielles dans leurs échanges internationaux et l'absence d'un instrument de contrôle des pratiques anticoncurrentielles peut, dans certaines circonstances, les empêcher de se prémunir contre de telles pratiques.

Ce constat de la complémentarité entre la mise en œuvre d'instruments de politique industrielle et du droit de la concurrence pour la promotion du développement économique est d'ailleurs cohérent avec le fait qu'un grand nombre de pays, y compris des pays en voie de développement, se sont dotés d'un droit de la concurrence. Selon la CNUCED, 124 pays dans le monde avaient adopté ou se préparaient à adopter un droit de la concurrence. Certes, dans un certain nombre de cas cette adoption d'un droit de la concurrence s'est faite sous la pression d'organismes d'aide étrangers et ne s'est pas encore traduite par une mise en œuvre effective. Mais l'importance des demandes d'assistance technique dans ce domaine adressées par les pays en voie de développement à la CNUCED, à l'OMC, à la Banque Mondiale ainsi qu'aux autorités de concurrence des pays développés témoigne de leur souci d'être effectivement en mesure d'utiliser cet instrument juridique.

POURQUOI IL FAUT UNE REGULATION MONDIALE DE LA CONCURRENCE.

Les progrès de l'interpénétration des marchés entre pays, la fragmentation juridique du contrôle du fonctionnement de ces marchés, et la prolifération des Etats dotés d'un droit national de la concurrence rendent chaque jour plus évident le déséquilibre croissant entre la réalité économique internationale et son encadrement juridique.

Deux types de problèmes méritent attention car ils sont nature à priver bon nombre de pays des bénéfices attendus de la libéralisation commerciale en termes d'efficacité.

1) La prolifération de droits nationaux de la concurrence permet à des entreprises opérant sur les marchés mondiaux de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles qui empêchent la libéralisation du commerce international ou limitent son intérêt.

Le fractionnement du droit provient à la fois du fait que les droits sont nationaux et de la mise en œuvre de la doctrine des effets comme principe de répartition des compétences entre les autorités nationales. En application de cette doctrine un Etat est compétent pour connaître de toute pratique qui a un effet sur son territoire (qu'elle émane d'entreprises situées sur ce territoire ou d'entreprises situées à l'étranger mais exportant dans ce territoire). En revanche, un Etat n'est pas compétent pour les pratiques n'ayant pas d'effet sur son territoire (qu'elles émanent d'entreprises de cet Etat ou, a fortiori, d'entreprises étrangères). Ce principe de répartition des compétences, lorsqu'il est combiné avec le principe de souveraineté selon lequel chaque état ne peut utiliser ses pouvoirs contraignants que sur son territoire (et est libre de leur utilisation), ne permet pas de régler toutes les externalités résultant de l'internationalisation des marchés.

Deux catégories de pratiques anticoncurrentielles peuvent ainsi poser problème du point de vue de la libéralisation commerciale.

La première catégorie de pratiques recouvre celles qui, sans interdire le commerce international, empêchent les Etats de retirer le plein bénéfice de ces échanges.

Imaginons, à titre d'exemple, que le Sénégal, dépende pour ses approvisionnements en aluminium de l'importation et soit victime d'une entente de prix et de répartition de marché mise en œuvre par les producteurs d'aluminium des Etats-Unis, du Canada, de l'Union Européenne et de l'Australie. En application de cette entente, seuls les producteurs européens acceptent de fournir de l'aluminium au Sénégal et cela à des prix très élevés. Imaginons également que le Sénégal soit doté d'un droit national de la concurrence qui interdise les ententes de prix et de répartition de marché dans ce pays. Manifestement, les producteurs étrangers d'aluminium violent les dispositions du droit de la concurrence du Sénégal. Mais, faute d'avoir des pouvoirs d'enquête lui permettant de recueillir les preuves nécessaires dans les pays où sont implantés les producteurs d'aluminium, l'autorité de concurrence du Sénégal, pourtant compétente, ne disposera pas nécessairement des éléments lui permettant de sanctionner cette infraction à son droit de la concurrence.

On constate que dans un cas de ce type, le bénéfice que le Sénégal peut espérer de l'ouverture de son marché au commerce international, c'est-à-dire l'accès au bien d'importation en général, et à l'aluminium en particulier, à des prix aussi concurrentiels que possible, ne se matérialisera pas. En outre, les entreprises opérant sur le marché mondial de l'aluminium peuvent en toute impunité mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles dans des pays où elles ne sont pas implantées, même lorsque ces pays sont dotés d'un droit de la concurrence.

De la même façon imaginons qu'un laboratoire pharmaceutique, installé aux Etats-Unis, abuse de la position dominante que lui confèrent ses brevets en Thaïlande où les médicaments sont achetés par les hôpitaux. Cet abus peut consister, pour le laboratoire, à lier la vente des médicaments pour lesquels il détient un monopole à l'achat de médicaments pour lesquels ses brevets sont tombés dans le domaine public et qui sont, désormais, en concurrence avec des génériques. Le laboratoire américain pourra échapper au droit de la concurrence thaïlandais si l'autorité de concurrence de ce pays ne peut utiliser ses pouvoirs d'enquête aux Etats-Unis et se trouve ainsi dans l'incapacité de réunir les preuves nécessaires à la mise en œuvre de son droit national de la concurrence.

La deuxième catégorie de pratiques concerne celles qui empêchent le développement du commerce international en dépit des engagements de libéralisation commerciale négociés par les Etats.

Cela pourrait être le cas si, dans un pays, une entreprise en position dominante sur un marché mettait en œuvre des prix de prédation pour décourager les importations des concurrents étrangers. Cela pourrait être encore le cas si, dans un pays un producteur réussissait à signer des contrats de distribution exclusive avec tous les distributeurs susceptibles de commercialiser le type de produit qu'il fabrique. Dans ce cas, ses concurrents étrangers n'ayant aucun accès au réseau de distribution dans le pays ne pourraient venir le concurrencer. Une des affaires de ce type ayant défrayé la chronique dans les années récentes concerne le marché des pellicules photographiques au Japon. Kodak soutenait que les relations verticales établies entre Fuji et ses distributeurs, associées aux restrictions concernant le développement des grandes surfaces, l'empêchaient d'accéder au marché japonais où sa part n'était que de 4% alors qu'elle était de l'ordre de 40% dans les pays où il n'y avait pas de restrictions verticales⁴.

Dans ces deux types de cas, la pratique limitant le commerce mondial ne sera éliminée que si l'autorité de concurrence du pays importateur décide de faire application de son droit national. Encore faut-il noter que le pays qui voit ses capacités d'exportation réduites ne dispose que de peu de moyens pour faire en sorte que l'autorité de concurrence du pays importateur élimine la restriction de concurrence qui limite le commerce international. En effet, ayant, comme toute autorité administrative indépendante, des ressources limitées, l'autorité de concurrence du pays importateur doit hiérarchiser ses priorités et choisir les cas qu'elle décide de poursuivre. Il est ainsi possible que les priorités de l'autorité de concurrence du pays d'importation ne correspondent pas à celle des autorités commerciales du pays dont les exportations sont entravées.

Quel que soit le type de pratique considéré, il est clair que les bénéfices attendus de la libéralisation du commerce international ne pourront se concrétiser que si les États ont les moyens de s'opposer aux agissements des entreprises qui contredisent directement ou indirectement leurs engagements commerciaux.

La complémentarité entre la libéralisation du commerce international et la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles transnationales n'est pas une nouveauté. Elle avait été reconnue par les pères fondateurs du système commercial multilatéral⁵ puisque la charte de La Havane, adoptée en 1948, qui a servi de fondement à l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT), comprenait un chapitre V intitulé "Pratiques commerciales restrictives" concernant la concurrence. Ce chapitre comprenait neuf articles qui définissaient les obligations incombant aux gouvernements membres pour faire face à ces pratiques et prévoyaient la mise en place dans le cadre de l'Organisation Internationale du Commerce d'un mécanisme international visant à donner suite aux réclamations des membres. Aux termes de la Charte, ces dispositions avaient pour objet « d'empêcher les pratiques commerciales privées ou publiques qui dans le commerce international entravent la

⁴ Cette affaire conduisit à une plainte des Etats-Unis contre le Japon à l'OMC. Dans cette plainte, les Etats-Unis faisaient valoir que lorsque la libéralisation du commerce extérieur du Japon est devenu une réalité, le MITI et le patronat japonais reconnaissant que la supériorité des produits étrangers était de nature à créer un sérieux problème de concurrence pour les produits japonais ont mis en œuvre un plan délibéré afin de mettre le système de distribution japonais sous le contrôle des producteurs de ce pays en renforçant les relations verticales entre producteurs et distributeurs et en limitant les conditions d'implantation des grandes surfaces.

L'OMC n'ayant pas compétence pour traiter de pratiques d'entreprises, le gouvernement des Etats-Unis devait dans sa plainte suggérer que les pouvoirs publics japonais étaient pour partie responsables des obstacles aux échanges allégués. Il alléguait d'ailleurs que c'était tant le comportement explicite que le comportement implicite du gouvernement japonais qui était en cause. Cette plainte donna lieu à une décision d'un panel rejetant les allégations des Etats-Unis (Japan- measures Affecting Consumer photographic Film and Paper, Report of the Panel, WTO Doc. WT/DS44/R (April 3, 1997)

⁵) Cf sur la Charte de la Havane : *Rapport annuel de l'OMC pour 1997* : Dossier spécial : le commerce et la politique de concurrence, Chapitre IV

concurrence, restreignent l'accès au marché ou favorisent le contrôle à caractère de monopole dans tous les cas où ces pratiques produisent des effets nuisibles sur le développement de la production ou du commerce et où elles font obstacle à ce que soit atteint l'un quelconque des autres objectifs (énoncés dans la Charte) ». L'opposition du Congrès des Etats-Unis à ces dispositions et le fait qu'elles n'ont, par voie de conséquence, pas été ratifiées a contribué à faire oublier la complémentarité entre la politique commerciale et la politique de concurrence.

Par la suite, la complémentarité entre les deux sujets fut également perdue de vue par la faute des économistes. En effet, ceux-ci, notamment sous l'influence de l'école de Chicago, ont longtemps suggéré que les pratiques anticoncurrentielles étaient des phénomènes de court terme et ne pouvaient pas être maintenues dans le long terme au plan international. Et cela soit parce que certains des participants aux ententes trahiraient la discipline commune, soit parce que les barrières à l'entrée protégeant les entreprises ayant des positions dominantes finiraient par tomber. Dès lors, pour ces économistes, il n'y avait pas lieu de se préoccuper de ce problème. L'expérience a cependant démenti ces économistes et comme nous le montrerons plus loin de nombreux cas de pratiques anticoncurrentielles durables ont été découverts.

2) Enfin, les pays dotés d'un droit de la concurrence sont soumis à une double limitation dans l'exercice de ce droit du fait de l'internationalisation croissante des marchés.

Tout d'abord, et comme nous le rappelions précédemment, les autorités de concurrence des Etats ne sont compétentes que pour les pratiques qui affectent les marchés de leurs propres pays. Ensuite, du fait de l'internationalisation des marchés, une partie, plus importante que par le passé, des pratiques anticoncurrentielles affectant les marchés d'un pays sont le fait d'entreprises situées à l'extérieur du territoire de ce pays. Mais, dans de nombreux cas, l'autorité de concurrence du pays ne pourra utiliser ses moyens contraignants pour enquêter sur les pratiques de ces entreprises car ces moyens ne peuvent être utilisés que sur le territoire de leur propre pays. Ainsi, la capacité des autorités de concurrence à mettre en œuvre le droit de la concurrence qu'elles sont chargées d'appliquer se trouve, dans les faits, de plus en plus limitée. *La souveraineté opérationnelle des autorités nationales de concurrence* (comme d'ailleurs celle d'autres administrations économiques ou juridictions) *se dissout dans l'internationalisation des marchés.*

Une évolution des structures d'intervention semble nécessaire dans le domaine du droit de la concurrence pour adapter la régulation au phénomène de l'interpénétration économique des marchés dû à la libéralisation du commerce extérieur.

COMMENT FONCTIONNENT LES CARTELS ?

Avant d'évoquer les solutions possibles de ce problème, il est nécessaire de présenter quelques éléments permettant de mieux apprécier la fréquence, l'ampleur et les coûts infligés par les pratiques anticoncurrentielles transnationales. Ceci étant, en effet, la recherche de solutions au problème posé par l'existence de ces pratiques ne se justifie que s'il est raisonnable de penser qu'elles sont fréquentes et/ou ont un coût important pour la collectivité. A cela s'ajoute le fait que la communauté des affaires a tendance à nier l'existence de pratiques transnationales anticoncurrentielles voire à minimiser leur importance.

L'un des avantages de la proposition de l'Union Européenne visant à ouvrir des négociations sur la concurrence dans le cadre du nouveau cycle de négociations de l'OMC a été de susciter de nombreuses études sur les pratiques anticoncurrentielles transnationales. Sans ces travaux, les discours sur la nécessaire complémentarité entre le droit de la concurrence et le droit du commerce international seraient restés dans le domaine de l'abstraction et n'auraient pas pu convaincre de l'urgence et de l'importance d'une action en ce domaine.

Ces travaux se sont généralement centrés sur le problème des cartels internationaux car c'est en ce domaine que les propositions de l'Union Européenne sont les plus novatrices.

Deux types de travaux méritent d'être mentionnés ici. D'abord, ceux qui s'étendent aux conséquences au niveau agrégé des cartels internationaux qui ont fait l'objet de condamnation par les autorités de concurrence de certains pays (principalement les Etats-Unis) pendant les années 1990. Ensuite, ceux qui mesurent l'existence et le coût de cartels moins connus (parce que n'ayant jamais fait l'objet d'investigations de la part des autorités de concurrence) et sur leur impact dans les pays en voie de développement.

La première étude synthétique sur l'état des cartels internationaux pendant les années 1990 a été publiée en annexe au « World Development Report » pour l'année 2001 de la Banque Mondiale⁶. La première utilité de cette étude est de révéler qu'un nombre substantiel de cartels internationaux ont fait l'objet de poursuites pendant les années 1990. Les auteurs de l'étude signalent qu'au début des années 90 près d'une quarantaine de cartels internationaux faisaient l'objet d'enquêtes menées par les autorités de la concurrence américaines et européennes.

Un nombre substantiel de ces cartels concernaient le monde entier et portaient sur des produits industriels tels que la construction aéronautique, les diamants industriels, les explosifs, les électrodes en graphite, les tubes d'acier, les chantiers navals, les services de transport maritime, les conférences maritimes, les vitamines, etc....

A l'exception du cas des conférences maritimes, la quasi-totalité de ces cartels internationaux affectant le marché mondial sont des cartels dont les participants proviennent des pays développés, plus particulièrement des Etats-Unis et de l'Europe. Les seules exceptions sont le cartel des diamants industriels auquel participent des entreprises d'Afrique du Sud et les cartels de la lysine et des services de transport maritime auxquels participent des entreprises coréennes.

Enfin, certains de ces cartels internationaux ont duré pendant un grand nombre d'années⁷. Ces faits apportent un démenti aux prédictions optimistes des économistes sur la fragilité des pratiques anticoncurrentielles.

Les auteurs de ces travaux ont cherché à mesurer les conséquences économiques de ces cartels sur les pays en voie de développement en se concentrant sur seize produits cartellisés pour lesquels ils ont des données d'importation et d'exportation fiables pour l'année 1997. Ils concluent que le montant total des importations des pays en voie de développement pour ces seize produits était, cette année-là,

⁶. Margaret Levenstein et Valerie Suslow : « Private International Cartels and their Effect on Developing Countries » ; Background paper for World Development Report 2001, Janvier 2001

⁷ Le cartel de la lysine a duré trois ans de 1992 à 1995, les cartels des électrodes en graphite et du graphite isostatique ont duré cinq ans de 1992 à 1997 pour le premier et de 1993 à 1998 pour le second, le cartel du maltol a duré six ans de 1989 à 1996, le cartel des vitamines a duré neuf ans de 1990 à 1999, le cartel des sorbates a duré dix-sept ans de 1979 à 1996, la conférence maritime de l'Afrique de l'Ouest a duré vingt ans.

de 81,1 milliards de dollars, ce qui représentait 6,7% de leurs importations totales et était égal à 1,2% de leur PNB. L'importance de ces chiffres révèle clairement que ces cartels ont eu une influence sur une part significative du commerce extérieur des pays en voie de développement et par voie de conséquence sur leur équilibre commercial et sur leur niveau de consommation.

Il n'est pas sans intérêt de rapprocher deux autres chiffres significatifs des éléments réunis par Suslow et Levenstein. Cette étude, il faut le rappeler, ne porte que sur un petit nombre de cartels ayant fait l'objet d'enquêtes de la part des autorités européennes et américaines pendant les années 1990. Elle ne prend pas en compte l'effet de l'ensemble des cartels internationaux sur les pays en voie de développement.

En premier lieu, rappelons que le montant annuel de l'aide versé par les pays développés aux pays en voie de développement est de l'ordre de 50 milliards de dollars. Si l'on prend comme hypothèse, en se fondant sur la connaissance que l'on a des cartels internationaux pour lesquels les données sont disponibles, que l'augmentation moyenne des prix due à la collusion dans les cartels internationaux est de l'ordre de 25 à 30%, il apparaît que le surprix payé par les pays en voie de développement pour les seuls seize produits examinés par Suslow et Levenstein est de l'ordre de 20 à 25 milliards de dollars par an, soit près de la moitié de l'aide qui leur est versée au titre de l'aide au développement.

En deuxième lieu, une étude publiée par la CNUCED⁸ estime le gain pour les pays en voie de développement associé à divers scénarios concernant les négociations sur l'agriculture dans le cycle de Doha. Les auteurs de cette étude estiment qu'une réduction de 50% des droits de douanes sur la totalité des produits manufacturés par l'ensemble des pays conduirait à un gain global de bien être de 19,5 milliards de dollars pour les pays en voie de développement et de 39,5 milliards de dollars pour le monde entier. Ils estiment également qu'une réduction de 50% des droits de douane sur les seuls produits agricoles conduirait à un gain de 10,4 milliards de dollars pour les pays en voie de développement et un gain mondial de 21,5 milliards de dollars. Enfin, ils estiment qu'une réduction de 50% des droits de douane sur les produits agricoles par les seuls pays développés entraînerait un gain de 2,5 milliards de dollars pour les pays en voie de développement et un gain pour l'ensemble du monde de 9,6 milliards de dollars. On ne peut qu'être frappé par le fait par l'idée que l'élimination de seize cartels internationaux est de nature à augmenter le bien être des pays en voie de développement sensiblement plus que des mesures de libéralisation du commerce pourtant déjà jugées extraordinairement ambitieuses.

Par ailleurs, dans leur analyse des effets du cartel international des vitamines, Simon Evenett et Julian Clark⁹ ont constaté qu'alors que la demande pour ce type de produit est inélastique, les prix des vitamines ont, après la mise en œuvre du cartel, augmenté de façon plus importante dans les pays d'Asie, d'Europe de l'Ouest ou d'Amérique Latine qui n'avaient pas de droit de la concurrence (ou qui n'appliquaient pas de façon efficace leur droit de la concurrence) que dans les pays qui poursuivaient activement les pratiques anti-concurrentielles. Ils en tirent la conclusion que l'existence d'un droit de la concurrence et sa mise en œuvre effective ont un effet dissuasif sur les cartels. Certes, on savait que la mise en œuvre du droit de la concurrence dans un pays peut dissuader les entreprises de mettre en œuvre un cartel dans ce pays. Mais l'étude de Evenett et Clark suggère que même si le

⁸ « Back to Basics : Market Access Issues in the Doha Agenda », United Nations Conference on Trade and Development, Février 2003

⁹ Julian L. Clarke et Simon J. Evenett: « The deterrent effects of national anti-cartel laws: evidence from the international vitamins cartel », miméo, Novembre 2002

cartel est mis en œuvre, le fait que le pays où il est mis en œuvre est doté d'un droit de la concurrence effectif incitera les entreprises à limiter le montant du dommage qu'elles imposent au pays. Concrètement, pour le seul cartel des vitamines, les « économies » dues au caractère dissuasif du droit de la concurrence varient de 700.000 US\$ pour le Pérou à 30.000.000 US\$ pour l'Italie.

Aux cartels poursuivis par les autorités de concurrence il convient d'ajouter ceux qui n'ont jamais fait l'objet de poursuites et dont l'impact sur les pays en développement est également considérable. L'existence de ces cartels restés impunis démontre la faiblesse de l'argument de ceux qui estiment que le problème des pratiques anticoncurrentielles transnationales ne se pose pas dès lors que les autorités des Etats-Unis et celles de l'Europe poursuivent une politique active de lutte contre les cartels nationaux et internationaux. L'activisme de ces juridictions est certes très utile pour sanctionner et éliminer certains cartels internationaux qui limitent la concurrence sur les territoires des Etats-Unis et de l'Union Européenne ou pour dissuader la mise en œuvre de certains cartels dans ces Etats. Mais il est sans effet sur la mise en œuvre de cartels internationaux affectant d'autres Etats du monde et tout particulièrement les pays en voie de développement. Les études empiriques sur des cartels qui n'ont pas fait l'objet de poursuites permettent aussi de mesurer le coût des cartels internationaux pour un certain nombre de pays et de faire prendre conscience aux dirigeants administratifs ou politiques du coût de ces pratiques pour leur pays. En particulier, comme l'étude de Evenett et Clark, ces études suggèrent que le coût pour un pays en voie de développement de mise en œuvre d'un droit de la concurrence (c'est-à-dire le coût d'une autorité de la concurrence fonctionnant de façon effective) est largement inférieur au bénéfice qu'il peut en retirer.

Le cartel du ciment en Egypte

La situation du marché du ciment en Egypte constitue un exemple intéressant¹⁰ d'un cartel n'ayant pas fait l'objet de poursuites dans la mesure où les conditions de la concurrence sur ce marché ont une influence à la fois sur le secteur du tourisme en Egypte (importante source de devises étrangères) et sur le secteur de la construction (importante source d'emploi). La demande de ciment en Egypte a considérablement augmenté dans les dernières décennies.

Jusqu'en 1999, l'industrie égyptienne du ciment appartenait au secteur public et elle devait faire face à des problèmes chroniques de manque de compétitivité et de sous utilisation des capacités de production. La distribution du ciment, aux mains d'un petit nombre de distributeurs agréés, était fortement réglementée.

La situation du secteur a commencé à changer radicalement à partir de 1999 sous le double effet de la privatisation du secteur et de sa dérégulation. Le mouvement de privatisation s'est traduit par une consolidation du secteur. Un groupe égyptien (*Suez Cement*) et trois groupes étrangers : *Lafarge* (qui a fusionné avec *Blue Circle*), *Cemex* (une société mexicaine qui figure au nombre des plus grands cimentiers mondiaux) et *Simbura* (société portugaise) dominent le marché. Les trois premières représentent près de 70% de la production totale de ciment égyptien. Par ailleurs, quatre nouvelles sociétés privées égyptiennes sont rentrées sur le marché. L'arrivée de ces nouveaux entrants combinée avec la modernisation et l'agrandissement des installations acquises par les trois principaux cimentiers ont entraîné un développement substantiel des capacités de production.

¹⁰ Voir à cet égard : Frédéric Jenny, «The Impact of International Cartels on Developing Countries : Some Concrete Examples», WTO Regional Workshop on Competition Policy, Economic Development and the Multilateral Trading System : Looking Ahead to Cancun, Cairo, Egypt 6-7 May 2003.

Selon le journal Al Ahram¹¹, au début des années 2000, le ralentissement de l'activité économique a eu pour conséquence un ralentissement de la demande et une intensification de la concurrence entre les producteurs présents sur le marché égyptien. Les prix ont commencé à baisser de façon significative, notamment parce que certains des nouveaux venus s'étaient fortement endettés pour investir. C'est alors que, selon certaines sources professionnelles, l'un des nouveaux venus, *Egyptian Cement*, a commencé à s'intéresser à des marchés d'exportation et, en particulier au marché des Canaries où il pouvait exporter avec une marge raisonnable tout en pratiquant des prix nettement inférieurs à ceux du principal fournisseur de ce marché, la société *Cemex*, par ailleurs aussi implantée en Egypte.

Selon plusieurs sources égyptiennes, *Cemex* (rejointe possiblement par d'autres multinationales présentes en Egypte) aurait décidé de réagir à l'intrusion de *Egyptian Cement* sur le marché des Canaries où il n'entendait pas qu'une concurrence étrangère vienne affaiblir sa position dominante. Pour ce faire, *Cemex* aurait entrepris de casser les prix du ciment sur le marché égyptien jusqu'à ce qu'*Egyptian Cement*, qui avait lourdement investi pour s'équiper, comprenne qu'il devait cesser d'exporter sur le marché des Canaries s'il voulait éviter la faillite en raison de l'effondrement des prix sur son marché domestique. Ayant compris le sens du message qui lui était envoyé, *Egyptian Cement* aurait réduit de 75% ses exportations de ciment vers les Canaries en 2001-2002.

Une fois réglé le problème des exportations compétitives sur le marché des Canaries, il n'était plus dans l'intérêt de *Cemex* ni dans celui des producteurs internationaux de maintenir des prix particulièrement bas sur le marché égyptien. Aussi les représentants de la quasi-totalité des producteurs se réunirent-ils au début de décembre 2002 dans un grand hôtel du Caire pour fixer une zone de prix du ciment qui leur semblait raisonnable et qui allait de 167 à 176 livres égyptiennes alors qu'avant cette réunion le prix de la tonne de ciment n'était que de 125 livres égyptiennes. Selon leurs déclarations à la presse, ils ont également envisagé de procéder à une répartition de marché si leur tentative de cartel de prix venait à échouer.

Cemex nie avoir déclenché une guerre de prix de prédation afin de punir *Egyptian Cement* pour s'être introduit sur le marché du ciment des Canaries, mais ses dénégations sont en contradiction avec celles de plusieurs sources professionnelles. Seule une enquête de concurrence permettrait éventuellement de faire toute la lumière sur cette affaire. Mais une telle enquête ne peut être déclenchée dans la mesure où l'Egypte ne possède pas encore un droit de la concurrence. Un projet de loi est cependant en discussion à l'intérieur du gouvernement.

Vraisemblablement il y a effectivement eu une offensive de prix punitive sur le marché égyptien contre *Egyptian Cement* afin de dissuader cette entreprise d'exporter vers les Canaries. A défaut, on voit mal pourquoi cette dernière entreprise aurait diminué ses exportations vers les Canaries à un moment où les prix sur le marché égyptien étaient particulièrement bas.

Si tel est le cas, cette affaire est riche d'enseignements. Elle montre, en premier lieu, qu'en dépit des engagements commerciaux de l'Union Européenne et de l'Egypte, des entreprises multinationales mettant en œuvre de pratiques de rétorsions sur le marché égyptien sont capables de limiter de fait les échanges entre l'Europe et l'Egypte, tout en faussant le jeu de la concurrence sur le marché des Canaries puis, postérieurement, sur le marché égyptien. L'absence de droit de la concurrence en Egypte ne permet pas aux autorités de ce pays de se prémunir contre cette pratique

¹¹ Al Ahram du 19 décembre 2002.

dommageable à leur capacité d'exportation et au fonctionnement de leur marché intérieur. Or, sur ce dernier point le coût de l'entente de prix pour les consommateurs égyptiens est considérable, de l'ordre de 227 millions de dollars¹² par an, au détriment des consommateurs égyptiens et au profit, pour l'essentiel, des entreprises étrangères qui ont collectivement une position dominante sur le marché égyptien.

Le montant du surcoût imposé par le cartel aux consommateurs égyptiens, peut être utilement comparé au coût annuel de l'autorité de concurrence d'Afrique du Sud dont l'activité a fait récemment l'objet d'un examen approfondi à l'OCDE où il a été considéré qu'elle faisait un travail d'une qualité comparable à celle des autorités de concurrence des pays développés. Le coût de fonctionnement de l'autorité sud africaine est vingt fois inférieur à la perte infligée annuellement en Egypte par le seul cartel du ciment. Il semble ainsi évident que le bénéfice net que l'Egypte pourrait retirer de la mise en œuvre d'un droit de la concurrence serait sans commune mesure avec le coût auquel elle aurait à faire face pour financer une autorité de la concurrence.

Enfin, si les faits relatés par la presse égyptienne sont exacts, l'entente entre des entreprises actives sur le marché égyptien a eu pour effet de limiter la concurrence sur une partie du marché européen (le territoire des îles Canaries). Si la Commission avait voulu mettre en œuvre le droit européen de la concurrence qui prohibe les ententes de prix anticoncurrentielles et les abus de position dominante, elle aurait sans doute eu des difficultés à réunir les preuves de la pratique anticoncurrentielle dont les effets se sont manifestés sur le territoire des Canaries, dès lors que les mesures de rétorsions contre le nouvel entrant sur le marché des Canaries ont été mises en œuvre en Egypte, pays où la Commission ne peut utiliser ses pouvoirs d'enquête. Le caractère transnational de la pratique en question est effectivement de nature à diminuer la souveraineté opérationnelle de la Commission.

Le cartel mondial de l'aluminium

Un deuxième exemple récent concerne le cartel de l'aluminium mis en place dans le milieu des années 90¹³.

Cette affaire a pour origine l'effondrement de l'Union Soviétique au début des années 1990, qui a notamment eu pour conséquence la diminution très importante des ressources de l'armée soviétique et, par voie de conséquence, de l'industrie de l'armement russe. La demande mondiale d'aluminium, matériau très utilisé dans les industries d'armement a ainsi chuté, entraînant une augmentation des stocks mondiaux et un affaiblissement des prix. Le prix de la livre d'aluminium a été pratiquement divisé par deux entre septembre 1990 et septembre 1993, cependant que les stocks mondiaux étaient multipliés par trente passant de 58.000 tonnes à 2,5 millions de tonnes. Bien entendu, les principaux producteurs d'aluminium Alcan et Péchiney ont enregistré de lourdes pertes et les profits d'Alcoa ont été divisés par deux en 1992.

La profession était divisée sur les moyens de faire face à cette situation. Certains comme le Pdg d'Alcoa Paul O'Neill (qui deviendra ultérieurement le secrétaire aux finances de G.W. Bush) appelaient de leurs vœux la création d'un cartel mondial entre les principaux producteurs afin de réduire de façon coordonnée les quantités mises sur le marché et accroître les cours mondiaux de

¹² Chiffre obtenu si l'on multiplie l'augmentation de prix décidée par entente (46 livres égyptiennes par tonnes) par la consommation annuelle de ciment en Egypte.

¹³ Voir notamment Joseph Stiglitz « Globalisation and its Discontent », Norton & Company, 2002

l'aluminium. D'autres, réunis au sein de la U.S. Aluminum Industry, faisaient pression sur le gouvernement américain afin que celui-ci impose des droits antidumping sur les importations d'aluminium aux Etats-Unis en provenance de l'ex URSS.

Le débat fit rage au sein du gouvernement américain entre les partisans des deux solutions. Le Département d'Etat était en faveur de la création d'un cartel international pour deux raisons convergentes. D'abord, il semblait quelque peu incongru que les Etats-Unis imposent un droit antidumping sur les importations d'aluminium russe au moment précis où Washington faisait tous ses efforts pour aider l'ex Union Soviétique à abandonner l'économie planifiée au profit de l'économie de marché. Ensuite, puisque les banques occidentales et américaines avaient prêté beaucoup d'argent à l'industrie russe il semblait peu avisé de limiter ses capacités d'exportation car cela ne pouvait qu'affecter sa capacité à faire face aux échéances financières. Après une vive controverse, le Département d'Etat l'emporta et il fut convenu que l'organisation d'un cartel mondial était préférable.

Les producteurs d'aluminium occidentaux (des Etats-Unis, du Canada, de l'Union Européenne, de la Norvège et de l'Australie) étaient à même de convenir entre eux une réduction de leur production de 2 millions de tonnes par an et de se répartir l'effort (les producteurs nord-américains s'engageaient à réduire leur niveau de production à hauteur de 20% et les européens à réduire leur production de 25%), pour contribuer à « l'assainissement du marché » et faire remonter les cours de l'aluminium. Mais ils craignaient que l'industrie russe de l'aluminium ne profite de la pénurie artificielle ainsi créée pour développer ses exportations et saper leurs efforts. De plus, ils souhaitaient que l'industrie russe participe à l'effort collectif qu'ils étaient prêts à « consentir » pour faire remonter les cours de l'aluminium. Ils avaient donc besoin de l'aide des pouvoirs publics pour rendre effectif leur cartel et pour s'assurer que les Russes réduiraient réellement leur production de 500.000 tonnes. Ainsi seraient éliminées les 2.500.000 tonnes de stocks qui, en 1993, pesaient sur les prix. Le sous-secrétaire d'Etat des Etats-Unis, Strobe Talbott, promit à Moscou 250 millions de dollars en échange d'un accord sur la réduction de la production d'aluminium russe. Il était également prévu que les Russes seraient libérés de leur engagement si les Européens et les Américains ne tenaient pas leurs propres engagements.

Joseph Stiglitz, qui a tout fait pour éviter la formation d'un cartel mais n'a pas réussi, indique que pendant un certain temps, le cartel a effectivement fonctionné. Les prix de l'aluminium ont été relevés d'environ 30% sous l'effet conjoint d'une reprise économique et de l'accord de cartel rendu effectif grâce à la négociation entre les gouvernements américains et russes.

De cet exemple, on peut tirer plusieurs enseignements.

En premier lieu, il est intéressant de voir comment les gouvernements de pays, pourtant en principe favorables à l'idée selon laquelle la concurrence devrait prévaloir sur les marchés, et dotés de droits antitrusts présentés comme étant efficaces pour lutter contre les cartels internationaux, peuvent volontairement choisir d'ignorer l'orthodoxie économique et tolérer des pratiques qui sont contraires à leur droit interne tout en imposant des externalités négatives sur leurs partenaires commerciaux. Tant qu'un mécanisme assurant que de telles pratiques ne pourront rester impunies n'existera pas, les adversaires de la « globalisation » pourront valablement soutenir que le mouvement de libéralisation commerciale et les institutions qui la promeuvent sont pour le moins biaisées en faveur des intérêts des producteurs et des multinationales et font peu de cas des intérêts des consommateurs et des pays en développement.

En deuxième lieu, il n'est pas inutile de s'interroger sur l'ordre de grandeur des conséquences d'un tel cartel pour les pays en voie de développement.

En partant de l'estimation de Stiglitz selon laquelle le prix de l'aluminium a augmenté de 30% après la mise en œuvre du cartel à la fin de 1992 et en supposant que 2/3 de cette augmentation du prix de l'aluminium étaient dus à la restriction artificielle de production par les membres du cartel¹⁴, le coût du cartel pour les huit pays en voie de développement qui étaient, au milieu des années 1990, les plus gros importateurs d'aluminium (l'Afrique du Sud, les Philippines, l'Inde, l'Arabie Saoudite, l'Indonésie, la Malaisie, Singapour et la Chine), c'est-à-dire le surprix que ces pays ont payé pour leurs importations en raison de la collusion entre les producteurs était au minimum de 750 millions de dollars par an¹⁵.

En troisième lieu, notons que seule l'Inde avait à l'époque un droit de la concurrence alors que l'Afrique du Sud, l'Indonésie et la Chine se sont depuis dotées d'un tel droit et que la Malaisie et Singapour ont des projets dans ce domaine. Ces pays victimes d'un cartel sur leur marché domestique de l'aluminium pouvaient-ils (en ce qui concerne l'Inde) ou auraient-ils pu (s'ils avaient eu un droit de la concurrence à l'époque pour ce qui concerne les autres pays) mettre en œuvre leur droit et condamner les membres du cartel ? La réponse est clairement qu'ils auraient été juridiquement compétents pour le faire en application de la doctrine des effets puisque les effets du cartel se faisaient sentir sur leur territoire national mais qu'ils n'auraient pu utiliser leurs pouvoirs pour mener à bien les enquêtes nécessaires à la mise en œuvre de leur droit national puisque l'entente de portée mondiale avait été nouée aux Etats-Unis et en Europe et que c'est dans ces pays que se trouvaient les preuves.

Le cartel du gros équipement électrique

Un troisième exemple de cartel international resté impuni mérite d'être mentionné. Il s'agit du cartel du gros équipement électrique, qui pendant plusieurs dizaines d'années (des années 30 aux années 80), a permis à une cinquantaine de producteurs de gros équipements électriques regroupés sous l'égide de l'International Electrical Association, de mettre en œuvre une très vaste répartition de marché concernant la totalité des gros équipements électriques (comprenant les turbines à vapeur, à eau, ou à gaz, les générateurs, les condensateurs, les transformateurs les disjoncteurs etc...), dans le monde entier à l'exception des Etats-Unis et de la Communauté européenne¹⁶.

Participaient à ce cartel les entreprises les plus éminentes du secteur dans tous les pays industrialisés telles que General Electric et Westinghouse pour les Etats-Unis (jusqu'au début des années 40), Brown Boveri pour la Suisse, Asea pour la Suède, Alsthom, la CGE, Creusot Loire, Jeumont Schneider, Merlin Gerin et Neyrpic pour la France, AEG et Siemens pour la République Fédérale d'Allemagne etc.... . Outre le fait que ce cartel constituait une entente à l'exportation qui a fonctionné pendant au moins un demi-siècle et sur un très grand nombre de marchés publics passés par les gouvernements de pays désireux d'améliorer leur capacité de production, ou de transport ou de distribution de l'électricité, les membres du cartel mettaient en œuvre des prix de prédation lorsqu'ils

¹⁴ Cependant qu'1/3 de l'augmentation du prix de l'aluminium était dû à l'amélioration de la demande

¹⁵ En effet, cette estimation ne comptabilise que l'accroissement artificiel de prix sur les quantités achetées et ne comptabilise pas la perte de surplus de consommateur associé à la réduction de la demande d'aluminium par les six pays en raison de l'accroissement de son prix.

¹⁶ Voir à ce sujet : « International Electric Association: A continuing cartel », Report of the Committee on Interstate and Foreign Commerce, United States House of Representatives, June 1980 et Frédéric Jenny « A Tale of Three Cartels », WTO Regional Seminar on Trade and Competition Policy, Cairo, January 2003

étaient en concurrence avec de nouveaux producteurs non-membres du cartel. Cette technique a été utilisée notamment pour éliminer l'industrie brésilienne du gros équipement électrique.

Plusieurs caractéristiques de ce cartel sont intéressantes, notamment par ce qu'elles se retrouvent dans d'autres cartels internationaux.

En premier lieu, ce cartel qui couvrait, en principe, le monde entier ne s'appliquait pas aux appels d'offres passés par les Etats d'origine des membres du cartel dont un certain nombre (la France, l'Allemagne) étaient dotés d'un droit de la concurrence. De même il ne s'appliquait pas aux territoires des Etats-Unis. Les pays les plus touchés par le cartel ont été les pays en voie de développement dépourvus de droit de la concurrence. Selon le rapport la Chambre des Représentants des Etats-Unis, si de nombreux pays développés (hors Etats-Unis et hors Europe, c'est à dire des pays comme l'Australie, la Nouvelle-Zélande, Israël, ou l'Espagne qui, pour une partie substantielle de la durée du cartel, ne faisait pas partie de la Communauté Européenne) et en voie de développement ont été victimes du cartel, les pays en voie de développement ont, toutes choses égales par ailleurs payé plus cher encore leurs gros équipements électriques. Cette observation est cohérente avec les observations de Clarke et Evenett mentionnées précédemment sur le caractère dissuasif du droit de la concurrence.

En deuxième lieu, cet accord de cartel comprenait diverses dispositions destinées, d'une part, à répartir les marchés entre ses membres en pré-désignant, pour chaque marché, celui qui devrait apparaître comme le moins disant et, d'autre part, à fixer les prix des soumissions à des niveaux élevés déterminés par collusion. L'une des craintes des membres du cartel était cependant d'être confrontés à la concurrence de nouveaux venus, en particulier des pays émergents. Afin de se prémunir contre une telle possibilité, deux types de dispositions étaient prévus dans les accords de cartels. D'abord, si une entreprise non-membre du cartel venait à soumissionner en concurrence avec les membres de celui-ci, la discipline commune de prix était abandonnée et les membres du cartel devaient au contraire soumissionner à des prix de prédation afin de s'assurer que le nouveau venu serait hors marché. Ensuite, il était également prévu que les membres du cartel devaient refuser toute association avec des non-membres, la seule exception concernant les pays du bloc communiste où l'absence d'association avec un partenaire local rendait presque impossible la possibilité de décrocher un marché. Ces mesures ont été efficaces, en particulier, à l'encontre de l'industrie brésilienne du gros équipement électrique qui, victime des méthodes anticoncurrentielles de prédation décrites ci-dessus, n'a pu remporter d'appel d'offres internationaux et a fait faillite. Par ailleurs, le refus de principe de s'associer avec des partenaires non membres du cartel a été un moyen très efficace de limiter le développement industriel des pays en voie de développement dont les industries n'ont pu bénéficier de transferts de technologie nécessaires à leur développement¹⁷. Ce type de mesure, qui se retrouve sous des formes voisines dans certains autres cartels internationaux, illustre sous un jour complémentaire ce qui a été dit précédemment sur la relation entre l'absence de concurrence sur les marchés et le sous-développement.

En troisième lieu, il est bon de rappeler que confrontés à la ruine, en raison des pratiques de prédation du cartel international, les producteurs brésiliens de gros équipements ont vainement cherché le secours des autorités de concurrence des pays développés et des organisations internationales. Ils se sont vus éconduits par les autorités européennes et américaines au motif que le

¹⁷ Voir à ce propos B Epstein et K Mirow « Impact on developing countries of restrictive business practices of transnational corporations in the electrical equipment industry: a study of Brazil », UNCTAD, 1977

cartel n'avait pas d'effet sur leurs territoires respectifs et que ces autorités n'étaient, par conséquent, pas compétentes pour agir contre les pratiques dénoncées. Lorsqu'elle a été sollicitée, l'OCDE n'a pu qu'indiquer qu'elle ne disposait d'aucun pouvoir de contrainte en matière de concurrence. Finalement, c'est la Chambre des Représentants des Etats-Unis qui a accepté de publier, en 1980, un certain nombre de documents prouvant l'existence de ce cartel, une analyse des pratiques de leur effet et un rapport concluant que les intérêts des Etats-Unis n'étaient pas en cause. Bien que disposant de toutes les preuves matérielles de l'existence du cartel, l'impossibilité dans laquelle se sont trouvés les producteurs du Brésil de faire cesser ces agissements illustre s'il en était besoin le vide juridique dont peuvent profiter les entreprises présentes simultanément sur de nombreux territoires nationaux. Il apparaît ainsi que dans un monde caractérisé par la libéralisation du commerce et l'application de la doctrine des effets comme moyen d'allocation de la compétence juridique entre les nations, les cartels à l'exportation (réunissant dans une collusion les exportateurs d'un même pays) ou les cartels portant sur l'exportation (comme le cartel du gros équipement électrique) peuvent se développer en toute impunité.

Finalement, on observera aussi qu'outre sa stabilité dans le temps, ce cartel, dont on sait qu'il était toujours actif au cours des années 80 mais dont on ne sait pas précisément s'il a pris fin et lorsqu'il a pris fin, portait sur des sommes considérables. Ainsi sait-on par les documents publiés par la Chambre des Représentants des Etats-Unis qu'au début des années 80, le chiffre d'affaires annuel concerné par ces accords de cartel était de 2 milliards de dollars. Si l'on considère que le sur-prix payé par les pays acheteurs de matériels était de l'ordre de 25 à 30% du prix concurrentiel, cela signifie que le surcoût annuel payé par les pays en voie de développement était de l'ordre de 400 à 600 millions de dollars.

On aurait tort de croire que le cas du gros équipement électrique est un cas isolé ou qu'il reflète une réalité dépassée. Des indices précis de l'existence d'un vaste cartel à l'exportation mis en œuvre par l'ensemble des sidérurgistes européens et asiatiques (japonais et coréens) ont été présentés au milieu des années 90 à l'OCDE¹⁸. Selon ces allégations, cet accord, connu sous le nom de « East of Burma Agreement », diviserait une zone comprise entre le Japon et l'Europe selon une ligne passant à l'est de la Birmanie. Les sidérurgistes asiatiques ne pourraient exporter qu'une quantité limitée et convenue à l'avance dans les pays situés à l'ouest de cette ligne, cependant que, réciproquement, les sidérurgistes européens ne pourraient exporter qu'une quantité limitée à l'est de la Birmanie. Lorsque les sidérurgistes d'un pays contreviennent à ces accords et exportent plus que le quota alloué, les sidérurgistes de la zone où ils ont « indûment » exporté sont autorisés à mettre en œuvre des mesures de rétorsion, c'est-à-dire à exporter dans le territoire des contrevenants, à des prix de dumping, le double de la quantité exportée en contravention des accords. Selon les allégations présentées à l'OCDE, les prix à l'export sont par ailleurs des prix d'entente déterminés lors de réunions bi-annuelles.

Il est intéressant de noter que si la réalité d'un tel cartel est rarement mise en doute, les autorités de la concurrence de l'Union Européenne, du Japon ou de la Corée n'ont néanmoins pas jugé utile de vérifier les allégations qui leur étaient présentées dans l'enceinte de l'OCDE. En effet, dès lors qu'il s'agit d'un cartel dont les effets ne concernent que les marchés d'exportation de ces pays, ces autorités ne sont plus compétentes pour appliquer leur droit national. Par ailleurs, comme les membres du cartel se réunissent régulièrement ou bien dans un pays de la communauté ou bien en Asie au

¹⁸ Voir Alan Wm Wolff, « The problems of Market Access in the Global Economy»: Trade and Competition Policy», OECD 1993.

Japon ou en Corée, ceux des pays victimes de ce cartel tels que l'Inde, le Pakistan, ou la Russie, qui sont dotés d'un droit de la concurrence, ne sont pas à même de réunir les preuves qui leur permettraient d'appliquer leur droit national pour faire cesser les pratiques qui renchérissent le prix de leurs importations d'acier.

On pourrait ajouter de nombreux autres exemples de cartels internationaux concernant, par exemple, le ciment en Asie du Sud-Est (Philippines)¹⁹, les cigarettes en Amérique Latine²⁰ etc.....

Les cas présentés illustrent de façon concrète les enseignements de l'analyse précédente : d'une part, les pratiques anticoncurrentielles transnationales imposent un coût significatif au bien être collectif de la communauté des nations commerçantes et limitent les capacités de croissance des pays en voie de développement ; d'autre part, ces pratiques peuvent proliférer parce que les instruments juridiques de contrôle des marchés ne se sont pas adaptés à la nouvelle réalité de l'internationalisation des marchés. Trouver rapidement une forme nouvelle de régulation des marchés internationaux relève donc à la fois d'un impératif moral et d'une nécessité économique.

PROPOSITIONS POUR UNE GOUVERNANCE DES MARCHES MONDIAUX

Plusieurs solutions permettant de préserver le fonctionnement concurrentiel des marchés internationaux ont été proposées dans les années récentes. La diversité même de ces propositions témoigne à l'évidence de la complexité du défi désormais posé par la combinaison de l'internationalisation des marchés et de la fragmentation des droits régulant le fonctionnement de ces marchés. Selon que l'on envisage le problème sous l'angle commercial ou sous l'angle juridique, selon que l'on envisage le problème en cherchant à protéger la souveraineté nationale de chacun des Etats ou, au contraire, en cherchant à confier à des organisations internationales un rôle de gestionnaire des externalités engendrées par l'internationalisation, selon que l'on prend le point de vue des pays développés ou des pays en voie de développement, les solutions envisagées sont différentes.

La généralisation de l'application extra-territoriale du droit de la concurrence

Le premier type de solution envisageable est la généralisation par les autorités de concurrence de l'application extraterritoriale de leur droit national. Il y a lieu à cet égard de faire une distinction entre deux types d'applications extraterritoriales du droit national : l'application du droit national à des pratiques mises en œuvre à l'extérieur du territoire national mais ayant des effets sur le territoire national du pays considéré, et l'application du droit national à des pratiques ayant des effets à l'extérieur du territoire national.

Comme indiqué précédemment, l'application extraterritoriale du droit national à des pratiques mises en œuvre à l'extérieur du territoire mais ayant des effets sur le territoire national est compatible avec la doctrine des effets. Cette forme d'application extraterritoriale du droit est fréquemment utilisée

¹⁹ Frédéric Jenny « Competition Policy, Development and the Role of International Cooperation- A Case Study: the Cement Market in the Philippines» Presentation for the Asean Conference on Competition Law and Policy in the AFTA, Bali, Indonesia, March 2003

²⁰ Frédéric Jenny « The Impact of International Cartels in Latin America» Presentation for the WTO-IDB/INTAL Regional Workshop on Competition Policy and the Multilateral Trading System: Looking Ahead of Cancun, Buenos Aires, June 2003

pour combattre des pratiques anticoncurrentielles ayant des effets sur le territoire de l'Union européenne lorsque la Commission a été à même de réunir des preuves qu'elle estime suffisantes.

L'application extraterritoriale du droit de la concurrence national à des pratiques ayant des effets à l'extérieur du territoire national est plus rare mais elle n'est pas inconnue. Les autorités des Etats-Unis menacent parfois les autorités japonaises d'appliquer le *Sherman Act* à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre et ayant des effets au Japon et qui, ou bien limitent les capacités d'exportation des entreprises américaines au Japon, ou bien provoquent un dommage aux intérêts américains. Ainsi, la construction d'une base militaire américaine au Japon ayant donné lieu à une entente de prix entre les soumissionnaires japonais, les Etats-Unis ont menacé d'entamer une procédure pénale dans leur pays si l'autorité de la concurrence japonaise ne condamnait pas, sur le fondement du droit japonais de la concurrence, les auteurs de cette pratique. L'application extraterritoriale du droit antitrust des Etats-Unis à des pratiques n'ayant pas d'effet restrictif de concurrence sur leur territoire s'inscrit d'ailleurs dans une tradition américaine dépassant le strict domaine du droit de la concurrence et consistant à utiliser la menace de l'application extraterritoriale du droit national des Etats-Unis pour obliger des personnes morales ou publiques étrangères à adopter des comportements conformes aux intérêts de ce pays (voir par exemple les lois D'Amato et Helms-Burton qui visent à permettre aux autorités américaines de poursuivre aux Etats-Unis des entreprises étrangères qui auraient commercé avec Cuba ou l'Iran).

L'application extraterritoriale du droit national de la concurrence à des pratiques n'ayant pas d'effet sur le territoire de l'autorité de concurrence qui met en œuvre ce droit se heurte cependant à deux difficultés majeures. En premier lieu, encore faut-il que l'autorité concernée dispose d'éléments de preuve lui permettant de démontrer qu'une infraction à son droit national ait été commise. Or, faute de moyens d'enquête dans les pays étrangers, il lui est souvent difficile de réunir de telles preuves. En deuxième lieu, si l'application extraterritoriale du droit national de la concurrence d'un pays à des pratiques n'ayant des effets qu'à l'extérieur du territoire de ce pays se généralise, cela pourrait créer des conflits de droits et engendrer une insécurité juridique très préjudiciable au fonctionnement du système économique international. En effet, la même pratique pourrait alors être examinée par un grand nombre d'autorités nationales de concurrence. Par exemple, une entente au Japon pourrait être examinée (et sanctionnée) non seulement par l'autorité japonaise mais par les autorités de concurrence de tous les pays dont les intérêts commerciaux auront été lésés par cette entente. Outre qu'un tel système est de nature à entraîner une multiplication des actions contentieuses, il est également de nature à créer une insécurité juridique. En effet, faute d'une harmonisation internationale du droit de la concurrence, les différentes autorités appliqueront, à la même pratique, des droits dont les dispositions de fond et de procédures ne seront pas nécessairement les mêmes.

L'unilatéralisme américain

Non sans un certain humour probablement involontaire d'ailleurs, des universitaires américains ont pu suggérer que les Etats-Unis, ayant la plus longue tradition et la plus grande expérience dans la lutte des pratiques anticoncurrentielles, la communauté internationale pourrait s'en remettre, pour l'essentiel, à eux pour faire respecter au mieux la concurrence sur les marchés internationaux²¹. Cette proposition se heurte cependant à plusieurs objections.

²¹ Voir, par exemple, Harry First, « The Prospect for International Antitrust law Enforcement: Aggressive Unilateralism », 572 *Kosei Torihiki* 34 (Juin 1998)

Tout d'abord, s'il est clair que depuis l'administration Clinton la Division Antitrust du Département de la Justice des Etats-Unis a consacré beaucoup de moyens à la lutte contre les cartels internationaux et enregistré des succès incontestables, il n'en demeure pas moins que l'action publique dans le domaine anti-trust est aux Etats-Unis fortement dépendante du climat politique du moment. Pour s'en convaincre il est suffisant de rappeler que pendant les trente ans qui ont précédé l'arrivée de l'administration Clinton au pouvoir, l'action publique dans le domaine des cartels internationaux avait été sinon inexistante du moins extrêmement discrète. Ainsi, rien ne garantit que la lutte contre les cartels internationaux restera une priorité du département de la Justice dans le futur.

Ensuite, même le Département de la Justice des Etats-Unis peut enregistrer des échecs dus à son incapacité de réunir les preuves d'une pratique contraire au *Sherman Act* lorsque ces preuves se trouvent à l'extérieur du territoire américain. L'échec cuisant enregistré par le Département de la Justice devant les tribunaux américains dans l'affaire du cartel du diamant industriel en est une preuve. C'est précisément parce que les preuves de l'existence de ce cartel se trouvaient en dehors du territoire des Etats-Unis et que le Département de la Justice n'avait pas les moyens de les obtenir que l'affaire n'a pas prospéré et que le Département de la Justice a perdu. A l'inverse, dans l'affaire du cartel de la lysine qui a permis au Département de la Justice d'imposer pour la première fois, en 1997, une sanction de US \$100 millions à une entreprise pour avoir participé à un cartel international, c'est précisément parce que l'informateur du FBI et du département de la Justice a réussi à faire en sorte que certaines réunions du cartel aient lieu sur le territoire des Etats-Unis (en l'occurrence à Hawaï) que les autorités américaines ont pu réunir les preuves nécessaires (en enregistrant et en filmant les réunions du cartel). En outre, comme nous l'avons vu précédemment, dans un certain nombre de cas, les participants à des cartels internationaux éliminent délibérément de leur champ d'action le marché américain (et quelquefois le marché européen) afin de se prémunir contre le risque que les autorités antitrust les plus puissantes aient une raison de s'intéresser à leurs pratiques ou une chance de réunir les preuves qui leur seraient nécessaires pour les poursuivre.

Enfin, il faut noter que l'idée selon laquelle l'action unilatérale des autorités américaines de concurrence constituerait un moyen de régler le problème de la concurrence sur les marchés internationaux est considérée avec un grand scepticisme par ceux qui jugent inacceptable l'exemption dont bénéficient aux Etats-Unis les ententes à l'exportation enregistrées en application du *Webb Pomerene Act* puisque cette exemption revient à permettre explicitement à des entreprises américaines de mettre en œuvre à l'étranger des pratiques qui sont considérées sur le territoire des Etats-Unis comme étant passibles de sanctions pénales.

Vers un droit supranational de la concurrence ?

Une solution alternative pourrait consister à définir un droit supranational de la concurrence, et à charger une autorité ayant des pouvoirs d'enquête et de sanction dans tous les Etats membres de l'ensemble où s'appliquerait ce droit supranational. Cette solution a été proposée au cours des années 90 par un groupe d'universitaires allemands et américains baptisé « le groupe de Munich ».

Pour les partisans de la création d'un droit supranational de la concurrence, le modèle communautaire exerce une certaine fascination car, d'une part, la norme européenne ne remplace pas mais se superpose à la norme nationale de chacun des Etats membres de l'Union Européenne et, d'autre part, la mise en œuvre de cette norme supranationale est assurée concurremment (en tout cas en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles) par la Commission Européenne et par les

autorités nationales. Une solution de ce type apparaît ainsi comme potentiellement attrayante pour ceux qui, soucieux de préserver les spécificités de chaque pays, ne souhaitent ni suggérer qu'ils devraient abandonner leurs droits nationaux de la concurrence ni s'en remettre intégralement à une autorité internationale pour la mise en œuvre d'un droit supranational de la concurrence.

Pourtant, cette dernière solution suppose un abandon de souveraineté. Elle implique, notamment, que chaque Etat permette à une autorité internationale d'exercer ses pouvoirs de saisine, d'enquête et de sanctions dans le territoire du pays et à l'encontre des entreprises du pays. En outre, elle impose non seulement que la norme supranationale s'intègre au droit national mais aussi, et fort logiquement, que l'application du droit national ne soit pas en contradiction avec l'application de la norme supranationale (« ne prive pas d'effet utile » l'application de la norme supranationale, pour reprendre la terminologie communautaire). Ainsi, si l'on admet que les Etats membres d'un ensemble doivent pouvoir conserver un droit national de la concurrence parallèlement à la norme supranationale, ces droits nationaux ne peuvent qu'être étroitement calqués sur la norme supranationale, en tous cas pour ce qui concerne les domaines couverts par cette norme internationale. Ceci ne pose pas de problèmes insurmontables si les pays acceptant de se soumettre à une norme supranationale sont relativement homogènes du point de vue de leur niveau de développement et si l'unique objet du droit de la concurrence est la promotion de l'efficacité économique.

Mais si l'objectif ultime du droit de la concurrence est, dans tous les pays, la promotion de l'efficacité économique, il n'en reste pas moins non seulement que la plupart des droits de la concurrence contiennent des dispositions ayant également d'autres finalités, mais aussi que le champ des exemptions du droit de la concurrence peut varier significativement d'un pays à l'autre et que la nature du droit processuel ou substantiel de la concurrence est dans chaque pays le reflet de considérations économiques, juridiques, politiques et sociologiques spécifiques à ce pays.

Ainsi, par exemple, un droit de la concurrence administratif et interventionniste (c'est-à-dire donnant un large pouvoir à l'administration pour contrôler les prix pratiqués par les entreprises détenant une position dominante) pourra être adapté à la situation des pays en transition où les structures juridiques sont sous-développées, la capacité des juridictions de recourir à l'expertise économique est limitée et des programmes de privatisation hâtifs ont transformé des monopoles publics en monopoles privés. En revanche, un tel droit pourra apparaître inadapté à un pays, comme les Etats-Unis, où les monopoles sont rares, où les juridictions ont une longue tradition de recours à l'expertise, où l'action civile joue un rôle important dans la mise en œuvre du droit et où, enfin, les citoyens se méfient des possibles abus du pouvoir exécutif.

Dès lors, la création d'un droit supranational de la concurrence, remplaçant les droits nationaux ou mis en œuvre parallèlement à ceux-ci, peut se concevoir uniquement dans le cadre restreint d'un petit nombre de pays relativement homogènes du point de vue de leurs structures juridiques et économiques. L'hétérogénéité des pays membres de l'OMC, qui est susceptible de s'accroître avec la multiplication du nombre de pays²², interdit de voir dans la création d'un droit supranational de la concurrence une solution politiquement réalisable au problème de gouvernance posé par l'interpénétration des marchés nationaux. Personne n'y songe au demeurant.

²² Les causes de cette multiplication du nombre de pays dans le monde ont été examinées précédemment au point 2.

Le développement de la coopération entre les autorités nationales de concurrence.

Des accords de coopération volontaires entre autorités de concurrence existent : entre les Etats-Unis et l'Union européenne, entre l'Union européenne et le Canada, entre les Etats-Unis et le Japon, entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande, entre les membres du Mercosur et entre ceux du Caricom, entre le Canada et les Etats-Unis, entre l'Australie et Taiwan, entre le Canada et le Chili etc Certains ont suggéré que de tels accords passés à l'initiative des pays pourraient constituer une réponse suffisante au problème posé par la gouvernance des marchés internationaux.

Dans certains cas, la coopération est très approfondie. A titre d'exemple, l'accord entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande prévoit que l'autorité de concurrence de chaque pays peut mettre en œuvre son droit national non seulement à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles qui ont des effets dans son pays mais également à l'encontre des pratiques qui ont des effets dans l'autre pays. Cet accord consacre une véritable extraterritorialité réciproque des deux droits nationaux. Dans d'autres accords, il est prévu que les autorités de concurrence des pays concernés pourront coordonner leurs enquêtes ou se prêter aide et assistance et échanger les résultats de leurs investigations²³. Dans certains accords, enfin, il est simplement prévu des mécanismes d'information mutuels, de consultation et d'échange d'informations non confidentielles lorsque les autorités de concurrence des pays concernés sont saisies des mêmes pratiques ou de concentrations susceptibles d'avoir des effets sur leurs territoires respectifs. Il convient de souligner que la plupart des accords volontaires de coopération ne permettent généralement pas l'échange d'informations confidentielles entre les autorités de concurrence ou limitent les possibilités de tels échanges aux seuls cas où les parties en cause donnent leur accord à ces échanges.

Même s'ils ne permettent pas des échanges d'informations confidentielles, de tels accords de coopération constituent incontestablement des instruments utiles lorsque les autorités de concurrence de pays différents sont saisies des mêmes pratiques ou de concentrations ayant des effets transnationaux. Ils peuvent permettre à ces autorités nationales de concurrence de confronter leurs points de vue sur des questions de fond telles, par exemple, que la définition des marchés pertinents. Par l'échange d'informations non confidentielles, ces accords de coopération peuvent également permettre aux deux autorités d'avancer plus rapidement dans leurs enquêtes en facilitant la recherche d'éléments de contexte leur permettant d'apprécier l'éventuelle portée des pratiques ou des transactions examinées.

Si l'utilité des accords de coopération bilatérale ou régionale pour détecter ou sanctionner certaines pratiques anticoncurrentielles ou pour contrôler des transactions transnationales ne saurait être mise en doute, il n'en demeure pas moins que le recours à cet instrument présente des limites qu'il convient de garder à l'esprit²⁴.

²³ Tel est le cas, en particulier, de l'accord d'assistance mutuel en matière de concurrence conclu, en 1990, entre le Canada et les Etats-Unis, pays où les ententes horizontales de prix et de répartition de marché constituent des infractions pénales. Cet accord, qui a été le premier du genre, a notamment pour objet d'empêcher les entreprises de l'un des deux pays de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles affectant l'autre pays tout en bénéficiant d'une impunité de fait en raison de l'impossibilité pour l'autorité du pays affecté de déclencher une enquête pénale dans le pays où se trouvent les preuves de l'infraction. Cet accord permet, d'une part, aux autorités judiciaires des deux pays de déclencher des enquêtes simultanées ou de procéder à des perquisitions coordonnées des deux côtés de la frontière et, d'autre part, aux autorités judiciaires de l'un des deux pays d'effectuer une enquête pénale pour le compte des autorités de l'autre.

²⁴ Voir à ce sujet : F. Jenny « International Cooperation on Competition : Myth, Reality and Perspective », présenté à la « Global Antitrust Law and Policy Conference », University of Minnesota Law School Conference

En premier lieu, il faut rappeler que de tels accords sont volontaires. Ceci veut dire, dans les faits, qu'un pays acceptera de conclure un accord de coopération en matière de concurrence avec un autre pays uniquement s'il estime qu'il est dans son propre intérêt de développer cette forme de coopération avec l'autre pays. Pour qu'un pays (A) estime qu'il est dans son intérêt de conclure un accord de coopération avec un autre pays (B) encore faut-il qu'il soit vraisemblable qu'il puisse être victime de pratiques anticoncurrentielles émanant d'entreprises situées dans cet autre pays (B). Une telle circonstance interviendra plus fréquemment si les pays en cause sont, d'une part, tous les deux relativement développés et, d'autre part, s'ils sont des échanges commerciaux importants. Ainsi il est assez logique que les Etats-Unis, l'Union européenne et le Japon aient souhaité passer des accords de coopération bilatérale ou que, pour des raisons de proximité, l'Australie et la Nouvelle-Zélande d'un côté et les Etats-Unis et le Canada de l'autre aient décidé de coopérer.

En revanche, il est peu vraisemblable que les Etats-Unis ou l'Union Européenne proposent au Sénégal ou au Cameroun de conclure un programme de coopération dans le domaine de la concurrence pour la simple raison qu'il y a peu de chances que des entreprises camerounaises ou sénégalaises soient en position de fausser le jeu de la concurrence sur un marché aux Etats-Unis ou en Europe. Ainsi, il convient de noter que les pays en voie de développement, qui sont pourtant souvent victimes de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur leur territoire par des entreprises multinationales originaires des pays développés, ne sont pourtant généralement pas liés par des accords de coopération avec ces pays et ne peuvent donc bénéficier de l'aide de ces pays pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles dont ils sont victimes.

En deuxième lieu, ces accords prévoient que la coopération sur une affaire particulière n'interviendra effectivement que si chacun des pays estime qu'il est dans son intérêt de coopérer pour la résolution de cette affaire. Ceci veut dire dans les faits que lorsque deux pays sont liés par des accords de coopération du type mentionné précédemment, l'autorité de concurrence du premier pays ne pourra pas toujours obtenir la coopération de l'autorité de concurrence du deuxième pays. La coopération effective sera vraisemblablement facile à obtenir dans le cas où les deux pays considérés sont simultanément victimes d'un cartel international, car, dans ce cas, il est de l'intérêt des deux pays de rétablir les conditions de la concurrence sur leurs marchés. De même, lorsqu'une concentration est de nature à limiter la concurrence dans deux pays, ils peuvent avoir un intérêt commun à coopérer pour le contrôle de cette concentration. Il y a d'ailleurs lieu de noter que la plupart des exemples mentionnés ci-dessus de coopération effective au plan bilatéral concernent des cas de cartels internationaux ou de concentration.

En revanche, lorsque la pratique transnationale a des effets asymétriques sur la concurrence dans les deux pays ou lorsque leurs intérêts commerciaux divergent, il est moins vraisemblable qu'une coopération effective soit mise en œuvre. Ainsi, si les exportateurs d'un pays (A) dénoncent une entente à l'importation dans un pays (B), ou l'existence de contrats d'exclusivités anticoncurrentiels entre les producteurs et les distributeurs du pays (B), il se peut que l'autorité de concurrence du pays (B) ne soit pas très pressée d'éliminer ou de faire sanctionner la restriction de concurrence sur son marché national dans la mesure où cette restriction de concurrence protège l'industrie nationale.

Au total, il apparaît clairement que la prolifération d'accords volontaires de coopération bilatéraux ou régionaux ne saurait constituer une solution globale au problème de la concurrence sur les marchés transnationaux.

L'initiative européenne

A l'initiative de l'Union européenne, la communauté internationale a décidé d'entamer une réflexion pour savoir s'il conviendrait d'envisager une solution multilatérale au problème de la coopération en matière de concurrence. Il a été décidé, lors de la conférence ministérielle de l'OMC tenue en Décembre 1996 à Singapour, de créer au sein de cette organisation un « Groupe de travail sur l'interaction entre le commerce et la politique de concurrence » dont l'objet est d'explorer, à titre préliminaire, les relations entre libéralisation commerciale, concurrence internationale, et développement économique. Après plus de cinq ans de fonctionnement du groupe de travail, les Ministres du commerce des pays membres de l'OMC devaient décider à Cancun en septembre 2003, s'il était opportun d'ouvrir des négociations sur la concurrence dans le cadre du cycle de Doha.

L'échec de la conférence de Cancun a bien évidemment repoussé cette perspective, la plupart des pays en développement jugeant cette question tout à fait secondaire par rapport à d'autres enjeux comme celui des subventions agricoles.

Dans le cadre du groupe de travail sur l'interaction entre le commerce et la politique de concurrence, la Commission et ses Etats Membres, soutenus par divers pays (dont les pays d'Europe de l'Est, le Japon, la Corée, l'Australie, la Norvège, la Suisse et un certain nombre de pays latino-américains), a préconisé, à titre exploratoire, la négociation d'un accord par lequel les signataires s'engageraient à adopter et mettre en œuvre un droit de la concurrence comprenant au moins une prohibition des ententes horizontales injustifiables (c'est-à-dire des ententes de prix et de répartition de marché), le reste des dispositions du droit national de chaque état étant laissé à l'appréciation de chacun. Ils s'engageraient aussi à ce que leur droit national respecte de jure les principes commerciaux multilatéraux de transparence, de non discrimination et de loyauté procédurale. Un tel accord comporterait également un mécanisme de consultation volontaire et des dispositions concernant l'assistance technique qui pourrait être offerte aux pays ne disposant pas jusqu'à présent d'un droit de la concurrence. Par ailleurs, un Comité de la concurrence serait créé dans le cadre de l'OMC. Ce comité pourrait être chargé, d'une part, de faciliter la coopération entre les Etats membres de l'OMC en matière de concurrence, d'autre part, de superviser des programmes d'assistance technique, enfin de permettre un suivi de la concurrence dans les Etats membres de l'OMC par l'instauration d'un système d'« examen par les pairs ».

La proposition de l'Union Européenne est modeste dans son ambition mais elle a pour principal avantage d'ancrer fermement le fonctionnement de la concurrence sur les marchés internationaux dans les préoccupations de l'Organisation Mondial du Commerce.

Cette proposition ne va pas jusqu'à demander l'instauration d'un système obligatoire de coopération entre les membres. Un tel système aurait pourtant des avantages. Les autorités de concurrence des pays victimes des cartels décrits précédemment pourraient plus facilement poursuivre et sanctionner ces pratiques en faisant application de leur droit national, si elles étaient assurées d'obtenir, pour établir la preuve de ces pratiques, l'aide des autorités de concurrence des pays dans lesquels sont implantées les entreprises auteurs de ces pratiques. Certains pays développés, comme les

Etats-Unis, et quelques pays en voie de développement ont cependant manifesté leur réserve en ce qui concerne l'instauration d'un système obligatoire de coopération, craignant d'être l'objet d'innombrables demandes d'enquêtes ou de renseignements, pour partie infondées, de la part de leurs partenaires commerciaux. Cette réserve a conduit la Commission à proposer une simple possibilité de coopération sans obligation légale. Mais si cette proposition était acceptée rien n'interdirait aux membres de l'OMC, une fois familiarisés avec l'intérêt d'une telle coopération, d'aller plus loin dans les exigences de coopération et de compléter le dispositif dans le cadre de futurs cycles de négociation²⁵.

La proposition de l'Union Européenne se heurte cependant à trois types de réticences. En premier lieu, quelques pays, comme, par exemple, Hongkong et la Malaisie, ne veulent pas avoir l'obligation de mettre en œuvre un droit de la concurrence estimant ou bien qu'il leur appartient de décider quand ils voudront adopter un tel droit ou bien qu'un tel droit n'est pas le moyen unique ou le plus adapté pour assurer l'élimination des pratiques anticoncurrentielles dans leur pays. En deuxième lieu, certains pays, principalement des pays en voie de développement d'Asie du Sud Est (comme les Philippines ou le Pakistan), ne souhaitent pas avoir l'obligation que leur droit de la concurrence respecte les principes de non-discrimination, de transparence et de loyauté procédurale. Ils craignent que cette obligation, dont ils ne mesurent pas toujours la portée, ne limite leur capacité de mener à bien des actions de politique industrielle ou sociale. En troisième lieu, certains pays, comme les Etats-Unis, souhaitent être assurés que les décisions juridictionnelles en matière de droit de la concurrence ne pourront en aucun cas faire l'objet d'un recours devant l'Organisme de règlements des différends de l'OMC. Ils craignent à cet égard que l'obligation d'avoir un droit respectant les principes de transparence, non-discrimination et équité procédurale, même si cette obligation ne s'applique que de jure, puisse conduire à la mise en cause de décisions individuelles faisant jurisprudence. Enfin, quelques pays en voie de développement sont sceptiques quant aux bénéfices d'un système de coopération volontaire dans le cadre de l'OMC et rappellent que la force de l'organisation est précisément sa capacité d'obtenir des engagements contraignants et de les faire respecter.

Il faut cependant dire que l'opposition à ces mesures n'est pas unanime. A Cancun, la Corée par exemple a fortement soutenu la discussion des « *Singapore issues* » allant jusqu'à regretter que l'Europe accepte de ne prendre en considération que certaines d'entre elle.

Il doit être souligné, cependant, qu'au printemps 2003, une proposition alternative à celle de l'Union Européenne a été introduite dans le débat par certains des pays ayant des réticences vis-à-vis de la proposition européenne et, notamment, par les Etats-Unis. Cette proposition alternative consiste pour l'essentiel à créer un Comité de la concurrence au sein de l'OMC ayant pour vocation d'étudier les problèmes de concurrence et de commerce international ainsi que les moyens de faciliter la coopération volontaire entre les pays membres, à prévoir un système d'examen par les pairs de la situation concurrentielle dans les pays membres de l'OMC, et à offrir une assistance technique aux pays qui la souhaitent dans le domaine de la concurrence. Ne prévoyant pas l'obligation que les Etats se dotent d'un droit de la concurrence respectant les principes de non-discrimination, transparence et

²⁵ Il n'est pas inutile de rappeler l'expérience exemplaire des Etats-Unis et du Canada dont le très ambitieux programme de coopération adopté en 1990 permet notamment la mise en œuvre coordonnée des pouvoirs d'enquête des autorités des deux pays. Alors que pendant de nombreuses années au Canada de fortes tensions nationalistes ont empêché toute coopération en matière de concurrence avec les autorités des Etats-Unis, le développement de l'économie de marché au Canada et l'interpénétration croissante des marchés nord-américains ont peu à peu convaincu les autorités canadiennes de l'intérêt d'une coopération effective.

loyauté procédurale, cette proposition paraît comme moins ambitieuse que celle l'Union Européenne mais susceptible de réunir un plus large consensus si la proposition de l'Union Européenne continue de susciter des réticences.

CONCLUSION

En définitive, la nécessité de poursuivre la libéralisation commerciale pour favoriser la croissance, le développement et la réduction des inégalités au plan mondial est clairement établie tant par l'analyse économique que par les études empiriques portant sur les vingt dernières années. Cette libéralisation est potentiellement bénéfique tant pour les pays développés que pour les pays en voie de développement. Si elle ne constitue pas un élément suffisant pour atteindre ces objectifs, elle est en revanche un élément nécessaire au développement économique. Cependant, pour que cette libéralisation du commerce international prenne tout son sens encore faut-il que les pays qui participent aux échanges internationaux prennent les mesures internes nécessaires pour assurer un fonctionnement satisfaisant de leurs marchés domestiques. Il est également nécessaire que la communauté multilatérale veille à ce que des pratiques anticoncurrentielles internationales ne mettent pas en échec les mesures de libéralisation commerciale ou ne permettent pas aux entreprises agissant sur les marchés internationaux de confisquer les bénéfices potentiels de cette libéralisation. L'idée selon laquelle les marchés internationaux seraient naturellement concurrentiels est une idée périmée et contraire à l'observation empirique. Ceci implique que l'OMC reconnaisse la complémentarité entre libéralisation commerciale et la promotion ou protection de la concurrence sur les marchés internationaux comme les auteurs de la Charte de la Havane, qui a servi pour partie de fondement au GATT, l'avaient fait, il y a plus de 50 ans. Certes, le fait que l'OMC assume un rôle promotion ou de protection du fonctionnement de la concurrence sur les marchés internationaux a pour conséquence de lui faire jouer un nouveau rôle et certains s'inquiètent de la tendance à confier des responsabilités toujours élargies à cette organisation. Mais, à l'inverse, la critique majeure qui lui est adressée est d'avoir favorisé «la mondialisation des marchés» sans se soucier de savoir si cette « mondialisation » se faisait au bénéfice des peuples ou à celui exclusif des entreprises qui opèrent sur les marchés mondialisés. Cette critique est notamment justifiée par le fait que l'Organisation mondiale du Commerce ne s'est jamais préoccupée des externalités qui pouvaient résulter du développement des échanges commerciaux (que ces externalités soient sociales, environnementales ou économiques). Introduire une forme de gouvernance concurrentielle des marchés mondiaux dans le cadre de l'OMC constitue un début de réponse à cette interpellation. C'est non seulement une nécessité technique pour que la libéralisation commerciale atteigne son objectif de promotion de la croissance, mais également une nécessité juridique et constitutionnelle pour aider les Etats membres à regagner une partie de la souveraineté opérationnelle qu'ils ont perdue par l'internationalisation de leurs marchés. C'est enfin une nécessité politique pour faire mieux comprendre que la libéralisation économique a pour objectif d'accroître le bien-être des populations et non de les asservir à un capitalisme sauvage.