# Les défis de la mondialisation pour les pays développés en matière de concurrence

Autor(en): **Souty, François**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales**

Band (Jahr): **64 (2006)**

Heft 1: **Concurrence et compétitivité dans le contexte mondial et suisse ; Administration et gestion publique. IV**

PDF erstellt am: **29.03.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-141819

**Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

**Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

**http://www.e-periodica.ch**

# LES DÉFIS DE LA MONDIALISATION POUR LES PAYS DÉVELOPPÉS EN MATIÈRE DE CONCURRENCE[1]

François Souty[2]
*Dr en histoire économique, chargé de mission au Conseil de la concurrence français, Professeur-associé à l'Université de La Rochelle, Paris*
*francois.souty@conseil-concurrence.fr*

> Dans cet article où les notions de déréglementation et de politique de concurrence sont distingués, les aspects doctrinaires sous-jacents à la mise en œuvre des règles de la concurrence sont mis au jour. Il aborde les défis posés aux pays industrialisés, entre les conceptions américano-darwinienne et interventionnisme réglementaire. Le cas des pays en développement est aussi discuté, l'auteur plaidant pour un développement différentié du droit de la concurrence.

Les experts des questions de concurrence représentent quelques centaines de personnes par pays dans les pays développés. Ils se répartissent entre autorités de concurrence, avocats des cabinets d'affaires, quelques professeurs d'université, quelques chercheurs et juristes d'entreprise. Dans les pays en développement ce nombre d'experts se réduit à seulement quelques dizaines de spécialistes par pays dans les pays en développement les plus importants et seulement quelques individus pour la majorité de ces pays, même lorsqu'ils disposent d'une classe moyenne importante bien formée au plan de l'enseignement supérieur. Pour une majorité de ces experts, le droit de la concurrence est constitué d'un ensemble de règles instituant des mécanismes de contrôle de trois types de pratiques principales dont l'origine provient des activités des entreprises *privées*: un contrôle des ententes anticoncurrentielles, un contrôle des abus de position dominante, un contrôle des concentrations.
Les pays disposant d'une expérience politique plus développée de contrôle social sur la sphère économique[3] ou de systèmes dans lesquels se manifestent des exigences de protection de la loyauté de la concurrence, et non seulement des forces du marché, ajoutent quelques prohibitions ou régimes de contrôle complémentaires: interdiction des abus de dépendance économique (contrôle des abus de puissance d'achat dans le contexte de marché en situation

---

1 Réflexions sur les mutations doctrinales récentes du droit de la concurrence dans les pays développés.

2 Docteur en histoire économique, François SOUTY est chargé de mission au Conseil de la concurrence français pour les affaires internationales, professeur-associé à l'Université de La Rochelle depuis 1997 après avoir été chargé des affaires internationales à la direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) du ministère français de l'économie et des finances. Dernier ouvrage publié: *Les collectivités locales et le droit de la concurrence*, Paris, 2004, Imprimerie nationale-Dexia éditions, 500 p. Les opinions exprimées dans cet article dans le cadre d'une contribution à un débat universitaire et citoyen sont purement personnelles. Elles ne sauraient engager aucune des institutions auxquelles l'auteur est ou a été rattaché.

3 Il s'agit typiquement de pays aussi différents que l'Allemagne, la France, la Suisse, le Royaume-Uni, le Japon, la Corée, le Portugal, la Tunisie ou même la Chine et la liste présentée ici est loin d'être exhaustive.

de monopsone), interdiction des pratiques de concurrence déloyale, règle de protection des consommateurs.

Enfin, avec la progression de l'intégration économique mondiale, la «globalisation» des activités industrielles, financière accélérées par l'avènement de la société de l'information, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles provenant des entreprises privées vient s'étendre: au nom de la logique d'intégration économique des marchés nationaux auparavant cloisonnés le droit et la politique de la concurrence qui étaient demeurées jusqu'aux années 1990 essentiellement centrées sur les pratiques privées restrictives de concurrence se tournent de plus en plus vers les pratiques publiques, celles directement ou indirectement liées aux Etats (les engagements souscrits à l'OMC depuis le début des années 1990 concernent essentiellement des pratiques d'Etats et non d'entreprises privées). Pour les spécialistes du droit de la concurrence, ceci a pour conséquence que le droit de la concurrence doit interpeller de manière croissante les conditions de définition et de mise en œuvre de la réglementation économique sectorielle (souvent appelée «régulation» en utilisant le terme anglais).

Au terme de cette introduction, une intuition s'impose d'évidence: le nombre d'experts des questions de concurrence appréhendées dans leur complexité – experts en mesure non seulement d'appliquer ou faire appliquer ces règles mais aussi d'en façonner la portée et d'en mieux cibler les finalités – se réduit à quelques dizaines d'individus autour de la planète. De ce point de vue, considéré au prorata des PIB des pays composant la société internationale, la plupart des pays développés sont sans doute confrontés au même défi que les pays en développement: il existe dans la plupart des pays trop peu d'experts de la question pour en permettre un contrôle démocratique et qui fasse l'objet d'un débat argumenté en termes autres que passionnels dans lequel les tenants des monopoles publics le disputent aux tenants des monopoles privés, la cause de la majorité, les consommateurs, étant largement passée par pertes et profits.

## UNE COMPLEXITÉ FAIBLEMENT IDENTIFIÉE: LA DOCTRINE ÉCONOMIQUE SOUS-JACENTE À LA MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES DE CONCURRENCE

En apparence, en 2006, il semble qu'une seule vision économique de la politique de la concurrence paraisse exister valable pour tous, en tous lieux et dans toute période historique ou niveau de développement. Rien n'est moins sûr.

En fait, plusieurs visions économiques se sont manifestées au cours des décennies écoulées. Et aucun progrès particulier de la science économique ne saurait venir définitivement estomper les différences existant entre ces visions, même s'il semble que les deux espaces juridiques les plus importants appliquant un droit de la concurrence dans le monde, les Etats-Unis et l'Union européenne, sont entrés dans un processus de convergence objective pour ne pas dire d'harmonisation.

Aux Etats-Unis, après la phase populiste d'adoption des lois de concurrence dans la première moitié du XXe siècle, une école d'analyse économique s'est développée dans le sein de l'Université de Harvard. Cette école économique a fortement convergé vers les aspirations des élites américaines de l'époque à une société équilibrée[4] et servi d'armature conceptuelle

---

[4] Voir notamment J.M. Clark, *The Economics of Overhead Costs*, Chicago, 1923 et, traduit en français, J.E. Meade, *Economie politique et politique économique*, Paris, 1939.

à l'élaboration d'une série de valeurs sociales et politique dominantes aux Etats-Unis jusqu'au milieu des années 1970, symbolisées à bien des égards par le Parti Démocrate.[5] Cette théorie dominante est parvenue à assimiler *une forte concentration du marché à un risque pour la stabilité économique et politique (démocratique) du pays*, cette structure concentrée du marché devant fort logiquement faciliter les comportements collusifs anticoncurrentiels. Comme l'a observé justement le célèbre avocat et professeur new-yorkais Barry Hawk, *«cette théorie économique coïncida avec des opinions politiques et sociales populistes qui étaient favorables à la déconcentration, à la diffusion du pouvoir économique, à la liberté de manœuvre des commerçants individuels et à la liberté de choix du consommateur. La jurisprudence s'est faite le reflet de cette convergence avec de larges prohibitions per se portant sur de nombreux accords horizontaux et verticaux et un contrôle strict de bien des accords et pratiques, y compris tous les types de fusion»*[6].

Certains des démembrements opérés par les autorités antitrust devaient intervenir à la période charnière des années 1970. La réaction conservatrice qui a porté le Président Reagan au pouvoir au début de la décennie de 1980 a été précédée dans la décennie 1970 au sein de plusieurs universités (mais tout spécialement à l'Université de Chicago) d'une remise en cause doctrinale très vive des excès réglementaristes et du contrôle tatillon jusqu'alors exercé par les autorités antitrust américaines.

En réaction à cette période, l'antitrust américain a dû évoluer dans le sens d'un recentrage de ses enquêtes, essentiellement à l'encontre des cartels, punis en droit américain des peines les plus sévères, notamment en matière criminelle avec des peines de prison effectivement servies par les cadres et dirigeants condamnés. C'est ainsi que l'on a assisté à un véritable paradoxe pour les européens: *alors que la théorie économique a abouti à l'adoption d'une vision plus laxiste sur une gamme étendue de pratiques d'entreprises auparavant considérées comme anticoncurrentielles, on a observé parallèlement un alourdissement conséquent des peines d'emprisonnements et d'amendes prononcées pour les ententes de prix et de partage de marchés, durant la période républicaine de gouvernement de Ronald Reagan.*[7] On va observer plus bas que cette tendance va s'accélérer avec l'administration républicaine de George W. Bush à partir de 2001, avec sans doute aussi un infléchissement au plan international.

Dans le même temps, le mouvement de déréglementation entrepris dès les années 1970 dans les industries de services (transports aériens, ferroviaires, routiers, maritimes) s'est étendu à d'autres activités de services, alors qu'apparaissaient une série d'innovations technologiques

---

5 Pour une vision critique originale de ces valeurs, voir Elise Marienstrass, *Les mythes fondateurs de la nation américaine*, Paris, Maspéro, 1976, 377 p. Bibl. index. Plus récemment voir l'excellent ouvrage d'Edward N. Luttwak, *Le rêve américain en danger*, Paris, O. Jacob, 1995, 463 p., index.

6 B. Hawk, op. cit., p. 12. Pour une synthèse de cette vision voir Robert Pitofsky, «The Political Content of Antitrust», 127 *Univ. of Pennsylvania Law Review*, 1051 (1979). R. Pitofsky a été nommé président de la *Federal Trade Commission* américaine, l'un des deux équivalents américains de la Commission européenne, par le Président Clinton en 1995, et l'est demeuré jusqu'en décembre 2000. Si le discours économique de Harvard a profondément évolué pour se rencontrer au milieu des années 1990, il demeure encore quelques éléments subtils de cette pensée parmi les responsables de la politique de la concurrence de l'équipe du Président Clinton (avec les Assistants Attorneys Généraux Ann Bingaman puis Joël Klein) qui a poursuivi l'*aggiornamento* entamé par l'équipe du Président Bush (l'*Assistant Attorney General* James Rill et la Présidente de la FTC Janet Steiger). Voir F. Souty, «Les théories économiques de l'antitrust aux Etats-Unis: les enjeux nationaux et mondiaux de la politique de la concurrence», *Revue de la concurence et de la consommation*, Paris, n° 79, mai-juin 1994, p. 32-41, et du même auteur, «La politique de concurrence de l'administration Clinton», *Problèmes économiques*, Paris, La Documentation française, n° 2383, 6 juillet 1994, p. 20-26.

7 F. Souty, *op. cit.*

qui devaient accélérer les mutations des systèmes (révolution télématique qui a été la plus profondément marquée dans le secteur des télécommunications). Comme l'observe l'ancien Commissaire européen Karel van Miert dans ses Mémoires, «l'Ecole ultra-libérale de Chicago a soutenu la thèse qu'il est préférable de confier la politique de la concurrence au marché lui-même. Son slogan était: faites confiance aux marchés, non aux gouvernements! Le marché comme institution divine en quelque sorte. *L'Ecole de Chicago feint d'ignorer que l'histoire économique nous apprend tous les jours que les entreprises dominantes se laissent sans cesse tenter d'abuser de leurs positions de pouvoir. Elle semble également ignorer que l'expérience nous prouve que des pratiques qui faussent la concurrence sont monnaie courante. Mais il est vrai également que les autorités publiques elles-mêmes se mêlent très souvent de façon abusive de la vie économique et faussent ainsi à grande échelle le jeu de la concurrence.*»[8]

Ce propos de l'ancien commissaire européen à la concurrence demeure d'une pleine actualité en 2006, mais il se nuance dans le cas du droit européen en raison de l'évolution des paradigmes concurrentiels affichés par la Commissaire à la concurrence Neelie Kroes.

*C'est donc ainsi que politique de déréglementation et politique de concurrence peuvent parfois être confondues, alors qu'elles ne sont que complémentaires et bien différentes*: la preuve de cette complémentarité et de cette absence d'identité est donnée a contrario par l'expérience britannique des années 1980-1990, dans laquelle le fort programme de déréglementation et de privatisation des conservateurs n'a pas abouti en corollaire à un renforcement réel des moyens juridiques d'action des autorités de concurrence. Face aux excès d'une politique ultra-libérale, ces moyens juridiques ne seront finalement renforcés que par un gouvernement néo-travailliste à partir seulement de la fin 1998, avec application effective à partir de 2000/2001 seulement. De la même manière, la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis en juin 2004 dans l'affaire Trinko, en affirmant clairement que le régulateur sectoriel américain des télécommunications était en charge du contrôle de la régulation de son secteur, a réduit le champ d'intervention du droit antitrust.[9]

Une nouvelle phase de développement institutionnel est intervenue avec l'avènement de la nouvelle administration républicaine dirigée par le Président George Walker Bush à partir de 2001.[10]

L'évolution de la pensée antitrust américaine cherche désormais, après les années de «rupture» marquée par la rhétorique des membres de l'École de Chicago dans les années 1980/1990, à banaliser les évolutions récentes de l'antitrust dans le sens d'une intervention limitée et recentrée sur l'objet plus étroit du traitement des cartels internationaux. Il s'agit sans doute ainsi de mieux faire entériner ces évolutions et repousser à une étape la plus lointaine possible le réveil d'une vision démocrate plus favorable à la lutte contre l'abus de puissance économique, sous la forme de pratiques unilatérales ou de concentrations. En matière de pratiques unilatérales, par exemple, la vision emblématique de laisser-faire de l'antitrust

---

8 K. Van Miert, *Le Marché et le Pouvoir, souvenirs d'un Commissaire européen*, Bruxelles, 2000, p. 269.

9 F. Daudret-John et F. Souty, Droit US: régulation (télécommunications)- infrastructures essentielles – effet de levier, Chronique internationale, *Concurrences*, n° 1-2004, p. 97-102. V. US Supreme Court, *Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko*, Jan. 13, 2004.

10 Les éléments ci-après ont été présentés dernièrement dans le cadre d'une réflexion d'ensemble dans notre article F. Souty, «les évolutions de la politique antitrust de l'administration de G.W. Bush (2001-2005)», Revue *Concurrence*, n° 4-2005, p.

républicain peut se résumer par l'évolution du traitement des pratiques de *Microsoft* entre 2001 et 2005, passant d'une demande de déconcentration par l'administration démocrate (*break up*) à celle de simples engagements requis par l'administration républicaine[11]. Du point de vue des relations transatlantiques, qui ont fortement évolué entre 2001 et 2005 en matière de concurrence, il convient seulement de noter que les propos de 2001-2002 des représentants républicains, assez virulents contre les normes mises en œuvre par la Commission européenne en matière de fusions et d'abus de position dominante, sont devenus presque sans objet en 2004/2005: la jurisprudence des cours européennes (TPICE et CJCE) des dernières années ainsi que l'adoption d'un nouveau règlement communautaire de contrôle des concentrations ont considérablement rapproché le droit européen de la concurrence du droit antitrust tel que souhaité par l'administration républicaine[12]. Seules subsistent encore, dans l'attente possiblement de la modernisation des règles d'application de l'article 82 CE, des divergences en matière de traitement des abus de position dominante, comme le souligne Hewitt Pate à l'été 2004:

«*Le comportement unilatéral demeure la question sur laquelle subsiste la plus grande différence entre les approches des USA et de l'UE. Au niveau le plus général, on peut considérer que pour notre part, aux États-Unis, en reprenant les termes récents du Juge Posner, nous avons une vision plus Darwinienne du processus concurrentiel. Du côté européen, comme un économiste de la DG concurrence l'a formulé, il existe une attention plus forte visant à obtenir des firmes dominantes qu'elles se limitent à une concurrence «convenable» (gentlemanly competition)*»[13].

En complément aux développements institutionnels et doctrinaux américano-européens, il faut noter le renforcement sans précédent des sanctions criminelles infligées aux Etats-Unis à un nombre croissant de citoyens non américains. En quinze ans, les peines prononcées aux États-Unis ont doublé: dans la décennie des années 1990, les peines de prison moyennes infligées étaient de 8 mois (37 % des personnes condamnées devaient effectuer des peines de prison) alors que, pour la moitié de l'actuelle décennie, cette moyenne est montée à 16 mois (57 % des personnes condamnées effectuent des peines de prison ferme), avec un record de dix ans de prison infligé dans un cas. Depuis 2001, la Division Antitrust

---

11 V. notamment C. Prieto, Notion d'abus: comparaisons transatlantiques dans les affaires *Microsoft*, *Concurrences*, n° 1-2004, p. 57-59. V. aussi, L. Idot, Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*, réflexions de juriste, *Concurrences*, n° 2-2005, p. 31-40.

12 Les années 2002-2003 ont marqué une série de revers majeurs pour la mise en œuvre du contrôle européen des concentrations: à l'invalidation en 2002 par le TPICE de l'interdiction *Airtours/First Choice*, qui avait été prononcée en 1999, se sont ajoutées l'annulation par le même juge communautaire des interdictions *Schneider/Legrand* et *Tetra Laval/Sidel*. Aucune interdiction d'opération de concentration de la part de la Commission européenne n'est intervenue au cours de l'année 2003.

13 H. Pate, *Antitrust in a Transatlantic context – from the Cicada's perspective, address at the «Antitrust in a Transatlantic Context»* Conference, Brussels, June 7, 2004, p. 5. Cette présentation de la doctrine européenne en matière d'abus de position dominante est contradictoire avec celle présentée par William Kolasky qui voit dans l'attitude européenne un trop grand interventionnisme. Cette contradiction tient sans doute à une confusion opérée plus ou moins volontairement dans le traitement des pratiques d'opérateurs dominants d'origine publique – que par préjugé les américains considèrent comme traités trop favorablement en Europe – et celui réservés aux abus des opérateurs d'origine privée – la Commission ayant été beaucoup trop sévère avec des opérateurs par nature vertueux parce que purement privés comme *Microsoft* et *General Electric/Honeywell*. La réalité est assurément bien différente. Mais notons toutefois qu'aucune critique de nature commerciale n'a été adressée à la décision de la Commission concernant Microsoft (le même type de critiques que celles relevées au début de l'administration républicaine contre Microsoft aurait pu en effet être avancé, ce qui n'a pas été le cas). Il faut toutefois souligner que dans l'affaire *GE/Honeywell* les critiques «commerciales» avaient suscité, aux États-Unis même des prises de positions particulièrement favorables à la Commission européenne de la part de personnalités aussi éminentes que le Prix Nobel d'économie Joseph Stiglitz. V. F. Souty, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 2003, p. 119-120.

du DOJ souligne que plus de cent ans de peines de prison cumulées ont été infligées à des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, quarante défendeurs subissant plus d'un an d'emprisonnement (le nombre de mois de prison infligés par individu en 2004-2005 étant de 22 mois).

Les sanctions financières infligées au cours des deux dernières décennies sont également en croissance exponentielle, s'ajoutant aux peines de prison infligées aux dirigeants des entreprises mises en cause. De 2001 à 2003, les amendes imposées cumulées chaque année ont atteint respectivement 280 millions de dollars, 75 millions et 107 millions pour passer à 360 millions à l'encontre de 17 entreprises et 15 individus en 2004. Dans la présente décennie, 48 entreprises se sont vues infliger des amendes supérieures à 10 millions de dollars dont six en 2004. Au cours de l'année dernière une entreprise s'est même vue infliger une amende supérieure à 100 millions de dollars.

Enfin, les risques accrus d'extradition de dirigeants d'entreprises étrangères avec celui de peines de prison et des peines financières importantes (des peines de 250 000 à 275 000 $ sont devenus fréquentes) sont largement à porter au crédit de l'administration républicaine, risques qui se sont encore développés avec notamment le renforcement de l'arsenal répressif antitrust au printemps 2004. Ainsi, le Département Américain de la Justice indique que, depuis 1998, 40 % des individus poursuivis à titre criminel étaient des non américains provenant de 16 pays étrangers[14]. Ces risques sont renforcés par la conclusion de divers accords d'assistance et d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États-Unis et ses principaux partenaires économiques[15].

La question essentielle qui est posée en Europe sera de savoir si les pères fondateurs de l'Union européenne ont souhaité une politique de la concurrence «darwinienne» exclusivement fondée sur la notion d'efficacité économique. Ou bien si ces pères fondateurs n'avaient pas plutôt en tête une idée de la politique de la concurrence qui corresponde à une forme d'intervention réglementaire destinée à lutter contre les abus de puissance économique dans le cadre d'un grand marché intérieur intégré, conformément à une vision plus structuraliste de l'économie de marché, comme le suggérait courant 2005 le Président du Bundeskartellamt[16]. Et cette conception modérée de la concurrence voulue par les fondateurs de l'Union européenne est-elle ou non plus proche de celle qui pourrait être nécessitée en cette veille de XXIe siècle pour les pays en développement dont les économies sont moins matures? Et d'ailleurs, si la réponse à cette dernière question est «oui», on peut aussi penser qu'en raison des choix de développement socio-économique en vigueur dans la «Vieille Europe», symbolisés par le modèle de l'économie sociale de marché du «Capitalisme Rhénan», le droit de la concurrence européen des Père fondateurs pourrait être plus adapté à l'économie européenne. Cette vision modérée de la concurrence aurait peut-être sauvé du «non», le dernier vote référendaire de deux pays fondateurs de l'Union européenne sur le projet de constitution européenne en mai-juin 2005.

---

14 V. notamment US DOJ, *Antitrust Division Update*, spring 2005, p. 1. En mai 2005, par exemple, trois ressortissants allemands dirigeants de la firme Infineon Technologies AG et sa filiale américaine ont d'accepter dans le cadre d'un «*plea agreement*» d'effectuer diverses peines de prison à la suite d'une enquête du DOJ concernant une entente internationale de fixation de prix dans la fabrication de composants électroniques pour mémoires informatiques DRAM (*Dynamic Random Access Memory*).

15 V. D. J. Laing, Extradition to the United States for Antitrust Offences, foreign nationals who break US antitrust rules can find themselves in front of US courts, *Competition Law Insight*, 31 may 2005, p. 3-5.

16 Interview du Président Ulf Bögue, *Revue Concurrences*, n° 3-2005, p. 6.

On ne sait si cette complexité des questions doctrinales permettant de comprendre les évolutions du droit de la concurrence de référence, le droit américain, est volontairement ou involontairement sous-estimée. Considérons à ce stade que cette complexité peut être involontairement sous-estimée par la majorité des experts du droit de la concurrence dont la principale préoccupation quotidienne est davantage la mise en oeuvre de ces règles en tant que système institutionnel et moins une réflexion sur la finalité de ces règles. Une chose est sûre cependant, pour la plupart des experts et analystes, le droit européen de la concurrence fait l'objet d'une «Modernisation». Le principal défi posé par cette «Modernisation» sera de savoir si, à son terme, cette modernisation aura contribué à développer un corps de doctrine et d'institutions modernisé, c'est à dire respectant les équilibres de la mise en œuvre du droit européen de 1962 à 2000, soit essentiellement une attention portée à des pratiques privées anticoncurrentielles de toutes natures. Ou bien, au terme de la «modernisation» les règles de concurrence européenne, celles-ci auront-elles été «révolutionnées», c'est à dire que nombre d'aspects qui n'étaient pas présents lors de leur conception auront été introduits dans le patrimoine juridique européen en provenance du patrimoine juridique américain.

## UNE COMPLEXITÉ SUPPLÉMENTAIRE POUR LES PAYS DÉVELOPPÉS: LE DÉVELOPPEMENT D'UNE EXIGENCE DE «TRAITEMENT SPÉCIAL ET DIFFÉRENCIÉ» EN MATIÈRE DE CONCURRENCE DE LA PART DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT

Les évolutions pour le moins complexes du droit de la concurrence aux Etats-Unis et en Europe conduisent fort logiquement certains économistes à s'engager dans une réflexion sur les finalités de la politique de la concurrence conçue par les pays développés il y a parfois plus d'un siècle (Etats-Unis) ou au moins il y a plus de 50 ans (Union européenne). Dans une perspective internationale, les évolutions du droit de la concurrence ont entraîné une réflexion accrue sur l'opportunité de concevoir des droits de la concurrence différenciés suivant le niveau effectif de développement des économies auxquelles ce droit devrait être appliqué. Cette réflexion s'est développée durant la période 1997-2004 au sein du groupe de travail sur les interrelations entre commerce international et droit de la concurrence présidé à l'OMC par l'économiste français Frédéric Jenny.[17] Pour cadrer avec les exigences du droit international la formulation d'un droit de la concurrence différencié pour pays développés et en développement s'est articulée autour de la notion de «traitement spécial et différencié», cette notion étant une autre manière de formuler la question de savoir si les uns (développés) et les autres (en développement) devraient connaître un droit différent en fonction du degré de maturité plus ou moins avancée de leur économie.

Deux thèses s'affrontent principalement et on peut se poser la question de l'opportunité d'une «troisième voie», peut-être comme moyen de répondre au défi posé par les conséquences d'un développement différencié du droit de la concurrence pour les pays développés.Une première thèse est constituée par une vision maximaliste du côté des pays en développement voulant concevoir un droit de la concurrence à la fois très limité à certains secteurs d'activités et reposant sur des instruments du droit de la concurrence assez interventionniste destiné

---

[17] Pour une vision de synthèse sur ces travaux et les objectifs visés, notamment par l'Union européenne, voir F. Souty, «Is there a Need for Additional WTO Competition Rules Promoting Non-Discrimnatory Competition Laws and Competition Institutions in WTO Members?», in E.U. Petersmann and J. Harrison, *Reforming the World Trading System, Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2005, p. 306-315.

à contrôler les abus de pouvoir de marché des opérateurs les plus puissants (généralement des entreprises multinationales). Cette conception tiers-mondiste d'une politique de la concurrence a été fréquemment exprimée à l'OMC notamment par l'Inde, le Pakistan, l'Egypte, la Malaisie au sein du groupe de travail «commerce et concurrence» de 1997 à 2003 dans l'éventualité où serait conçus à l'OMC une série d'engagements internationaux en matière de droit et politique de la concurrence: l'idée d'un «traitement spécial et différencié» (S&DT pour «*special and differential treatment*» en anglais) pour les pays en développement dans le domaine de la concurrence au plan international permettrait d'instaurer un régime d'exception à l'un des deux ou trois principes fondamentaux en vigueur dans les accords fondant l'activité de l'OMC (transparence, non discrimination et surtout réciprocité sont les trois principes).
L'idée d'instaurer un traitement spécial et différentié en matière de concurrence aboutirait donc à créer une exception supplémentaire pour le PVD par rapport aux principes de l'OMC, en permettant de les soustraire dans le domaine de la concurrence aux obligations en matière de réciprocité (surtout avec la sophistication accrue apportée par l'introduction de l'analyse économique par le droit antitrust et le droit de la concurrence européen «modernisé» depuis le 1er mai 2004).
En clair, dans le domaine considéré, les partisans les plus résolus d'un S&DT souhaiteraient que les pays développés adoptent des règles de concurrence interdisant les pratiques anticoncurrentielles tant dans les pays développés que dans les pays en développement et qu'ils s'engagent dans ce sens à l'OMC sans obligation de réciprocité de la part des pays en développement. Dans ce sens, les pays développés devraient aussi renoncer à certaines exemptions ou exceptions figurant dans leurs législations de concurrence notamment dans les cas où il est établi que ces dispositions lèsent des «intérêts importants» de pays en développement: ceci pourrait s'appliquer aux ententes à l'exportation (loi Webb-Pomerene aux Etats-Unis), ainsi qu'aux exemptions sectorielles dans des secteurs de services essentiels pour la compétitivité commerciale des PVD, tels que les services de transport et de tourisme. En outre, les pays développés devraient également veiller à ce que les citoyens, consommateurs ou entreprises des pays en développement qui sont victimes de pratiques anticoncurrentielles illégales et nées dans les pays développés soient fondés à intenter des actions en dommages-intérêts devant les tribunaux des pays développés. Un fond spécial devrait idéalement être mis en place pour faciliter cette action des victimes de pays en développement. De manière significative, cette vision a reçu divers appuis en Amérique du Nord, pour trois raisons au moins: en premier lieu, elle permettait de contribuer à clore les travaux de l'OMC en matière de concurrence et de commerce international, l'OMC étant «inadaptée» à la gestion d'un système de «S&DT» en matière de concurrence car elle serait «surchargée de travail»; en second lieu, elle permet de valider la thèse des conservateurs qui pensent aux Etats-Unis que le droit américain, appliquée de manière extra-territoriale, est la meilleure réponse aux pratiques anticoncurrentielles effectives en évitant de long et coûteux débats internationaux qui perpétuent de mauvaises pratiques dont sont victimes les consommateurs (seuls les cartels internationaux posent des problèmes économiques, mais pas les abus de position dominante ou les méga-fusions des société américaines); enfin, elle est appuyée aussi par des intellectuels progressistes américains (notamment Joseph STIGLITZ, prix Nobel d'économie 2001) car l'octroi de *treble damages* aux Etats-Unis permettrait immédiatement de compenser les pertes subies dans les pays en développement du fait des cartels internationaux, essentiellement constitués par opérateurs de pays développés.

En résumé, les partisans du traitement spécial et différencié auraient été d'accord avec la position extensive des juges fédéraux américains qui avaient envisagé la possibilité d'examiner la plainte d'entreprises non américaines victimes du cartel des vitamines et de leur octroyer des *treble damages*.[18]

Sur le fond, cette vision maximaliste est fondée sur l'idée que les PVD ont fait suffisamment d'efforts d'ouverture et de libéralisation en matière de commerce international et que c'est maintenant le tour des pays développés à faire de tels efforts. Elle omet toutefois de préciser que divers pays en développement possèdent des opérateurs ou de secteurs d'activités qui ont des capacités et compétences économiques ou technologiques équivalentes à leurs concurrents des pays développés et que leur mise à l'abri de règles de concurrence dans les pays en développement ne bénéficierait pas nécessairement à leurs économies nationales et aux consommateurs des pays en développement. Parmi les pays «en développement» qui aspirent à prendre le relais des pays développés figurent les promoteurs du «dialogue Sud/Sud» avec pour objectif de supplanter les pays développés de certains marchés dans les pays en développement (cas particulièrement du Brésil, de l'Inde, de la Chine et même de la Corée dont les autorités de concurrence n'hésitent parfois pas dans les fora internationaux à se présenter comme un «pays en développement»). Cette ambition de certains pays du Sud parmi les plus avancé à promouvoir un commerce Sud/Sud constitue d'ailleurs un «challenge» auquel les pays développés se devraient de porter une attention soutenue, que ce soit dans le cadre d'une réflexion sur le droit de la concurrence ou en dehors.

Ceci explique que de nombreux pays en développement sont devenus très circonspects à l'égard du «traitement spécial et différencié» : par exemple, pour de petites économies comme la Jordanie, divers pays africains, latino-américains, de la mer des Caraïbes, l'idée à retenir est moins celle d'un «traitement spécial et différencié» au plan international que l'adoption de règles nationales ou régionales de concurrence qui tiennent compte des caractéristiques propres de leurs économies en développement, tout en se calant sur «l'acquis communautaire» européen (d'avant la «Modernisation», c'est à dire adapté à une intégration économique régionale plus limitée et à des économies moins matures). On trouve par exemple en 2004 une conclusion très explicite du professeur Ajit SINGH, de l'Université de Cambridge, adepte des politiques industrielles à la japonaise, à la française ou à la coréenne des années 1960-1980, fondées sur de fortes asymétries entre économies développées et en développement: «*la politique de concurrence multilatérale proposée par l'Union européenne n'est souhaitable ni du point de vue des pays en développement ni de celui de l'économie mondiale dans son ensemble. Pour ce qui concerne les pays en développement, la politique en question va beaucoup trop loin dans la recherche institutionnelle d'une homogénéisation de la politique de concurrence et donc prive ceux-ci d'importants instruments de développement. D'un autre côté, d'un point de vue international, la politique proposée par les européens et trop faibles pour faire face aux défis posés par les intentions des puissantes sociétés multinationales de monopoliser les marchés mondiaux. Pour traiter de celles-ci, ce qui est nécessaire est une plus grande autonomie pour les pays en développement et, en même*

---

[18] Cf. le traitement de l'affaire *Empagran* depuis son traitement par la Cour Suprême aux Etats-Unis en juin 2004. Voir notamment F. Souty, La Cour suprême des États-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales: réflexions sur les arrêts *Empagran* et *Intel v. AMD*, *Petites Affiches*, 21 sept. 2004, p. 3-14. V. également la Chronique internationale des n° 1-2004 et 2-2005 de la Revue *Concurrences*.

*temps un cadre plus astreignant pour traiter des multinationales titanesques («mammoth multinational companies») et leurs appétits insatiables pour l'expansion extérieure («overseas expansion»), souvent à travers des fusions et acquisitions»*. Pour le Professeur Singh, le modèle international à mettre en place serait celui d'un organisme mondial doté de pouvoirs équivalents à ceux de la Commission européenne respectant le principe de subsidiarité à l'européenne et disposant de moyens effectifs pour forcer les multinationales à s'organiser pour procéder à une croissance interne et interdisant effectivement cartels internationaux, méga-fusions et abus de position dominante à l'échelle mondiale.[19]

Une seconde thèse est constituée par une vision «minimaliste» d'un traitement spécial et différencié pour les pays en développement. Elle se limite essentiellement à une simple coopération et assistance technique. La coopération technique permet en particulier aux pays développés de disposer d'une arme liant l'aide technique au vote conforme des pays assistés sur certains sujets pour lesquels les pays assistés n'ont qu'un intérêt marginal (cf. la stratégie du Groupe de Cairns). Les Etats-Unis, le Canada, le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et l'Australie se sont fait une spécialité de la coopération technique, en même temps qu'ils appuient actuellement une vision assez réduite de la contribution que le droit de la concurrence peut apporter au développement. Cette vision réduite de la coopération technique actuelle s'oppose à celle de la période 1996-2001, caractérisée par un gouvernement américain Démocrate, durant laquelle la Banque Mondiale elle-même appuyait par de multiples actions le développement d'un droit et d'une politique concurrence dans le cadre de ses politiques d'appui au développement du secteur privé.

La vision minimaliste ne repose pas que sur la coopération technique mais aussi sur l'idée d'une politique de concurrence réduite à un seul objet: la lutte contrer les cartels internationaux (avec une forte ambiguïté sur la définition des cartels internationaux et notamment des cartels qui pourraient exister au plan national dans les pays en développement et être considérés, par les pays développés, comme une entrave au commerce international). L'idée est également d'éviter une forme de «prolifération» d'autorités réglementaires qui assureraient la mise en œuvre de dispositifs juridiques de manière trop bureaucratique (le risque existe, comme le montre l'affaire Air France c/agents de voyage du Sénégal).[20]

D'une manière plus générale, la vision «minimaliste» du S&DT en matière de concurrence pour les pays en développement est assez proche des principes des best practices avancées par l'ICN.[21]

On peut dès lors se poser la question de savoir s'il existe une place pour une «troisième voie». Certains américains (Dani Rodrick à l'Université de Harvard, Pedro Armendariz à l'Université d'Austin au Texas et d'autres plus néo-conservateurs) considèrent désormais que le droit de la concurrence est inutile pour les pays en développement dont la majorité des

---

19 Cette critique est à la fois celle des propositions européennes à l'OMC mais aussi, en ce qui concerne les pays en développement, celle des méthodes de travail retenues jusqu'ici à l'OCDE ou à l'ICN (agendas trop exclusivement fixés par les pays développés et rapports ou recommandations réalisés essentiellement sur des objets concernant les pays développés, avec les catégories juridiques des pays développés).

20 Pour diminuer ce risque, il n'est pas nécessaire de remettre en cause l'existence d'instruments juridiques permettant de contrôler des abus de position dominante, mais de renforcer le processus éducatif et de formation des élites en matière de concurrence. Mais la formation d'économistes est perçue comme un luxe dans des pays en développement qui ne disposent déjà pas de structures juridiques et légales appropriées ou d'effectifs de magistrats suffisants.

21 Voir notamment Stéphanie YON, « La Quatrième Conférence Annuelle de l'International Competition Network à Bonn », Revue *Concurrences*, n° 4-2005.

régimes politiques et administrations sont considérés comme trop pauvres, insuffisamment dotées en ressources humaines compétentes et parfois affectés par un certain degré de corruption: de ce fait, la tentative de mettre en place localement dans ces pays des structures en matière de concurrence peut être considérée comme une forme de gaspillage des ressources provenant des contribuables.

Les pays en développement sont plus ou moins informés de cette vision d'exclusion. Certains d'entre eux, authentiquement gouvernés suivant des principes démocratiques (en Asie, en Amérique Latine, aux Caraïbes, dans plusieurs pays d'Afrique anglophone et francophone) recherchent des interlocuteurs et des moyens de développement de leurs droits nationaux.

Une «troisième voie» en matière de S&DT serait donc de reconnaître qu'en fonction du degré de développement et de maturité des économies considérées ou en fonction de l'enclavement de ces économies (par exemple, pour des raisons de pénurie d'infrastructures régionales), le droit de la concurrence peut connaître non seulement une géométrie variable (exemptions, exceptions) mais aussi peut avoir pour finalité durant une période déterminée de s'attacher à la protection de l'émergence de concurrents pour stimuler le processus concurrentiel (vision «structuraliste» dont une modalité serait proche de l'ordolibéralisme allemand des années 1960-1990). Le droit de la concurrence dans ces pays en développement comprendrait aussi des instruments parfois présentés comme une manifestation archaïque de «populisme» par les tenants de l'Ecole de Chicago notamment en ce qui concerne la concurrence déloyale, le contrôle des abus de dépendance économique, le contrôle des pratiques de prix abusivement bas. Cette troisième voie pourrait être assurée par la constitution de «capacités» appropriées tant au sein des autorités de concurrence que judiciaires des pays en développement, et reposerait donc sur la formation appropriée de leurs cadres en se focalisant sur les activités économiques les plus communes dans les pays en développement, dont les secteurs d'activité ont fait les beaux jours de la mise en oeuvre d'un droit de la concurrence interventionniste et «structuraliste» dans les pays développés durant une partie importante du XXe siècle: infrastructures, ciments, transports terrestres ou aériens etc.

## CONCLUSION

On le voit, qu'il s'agisse de matière doctrinale, d'asymétrie de développement juridique d'institutions de concurrence, de concurrence sur les modèles de régulation ou de concurrence dans la coopération, la liste des défis posés par la mondialisation aux pays développés est grande. Le plus important sera sans doute de mesurer les conséquences de l'homogénéisation des règles de concurrence de «l'Euratlantique» réunissant dans un ensemble de plus en plus harmonisé les espaces juridiques nord-américain et européen, conséquences à mesurer dans deux directions: d'une part dans celle des pays européens et d'autre part dans celle des pays développés. Avec les grippages du mécanisme multilatéral de l'OMC qui a exclu la concurrence du cycle des négociations de Doha, on peut douter de progrès rapide en ce qui concerne l'émergence d'un droit et d'une politique de la concurrence mondiale; en revanche, on peut s'attendre à une application extraterritoriale accrue du droit de la concurrence nord-américain et, si l'Union européenne poursuit son processus de convergence également en cette matière, du droit de la concurrence européen.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Clark John Maurice (1923), *The Economics of Overhead Costs*, Chicago.

Daudret John et François Souty (2004), «Droit US: régulation (télécommunications)- infrastructures essentielles - effet de levier», Chronique internationale, *Concurrences*, n° 1-2004, p. 97-102.

Idot Laurence (2005), «Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE/Honeywell, réflexions de juriste», *Concurrences*, n° 2-2005.

Laing David J. (2005), «Foreign nationals who break US antitrust rules can find themselves in front of US courts», *Competition Law Insight*, 31 may 2005.

Luttwak Edward N. (1995), *Le rêve américain en danger*, Paris, O. Jacob, 463 p..

Marienstrass Elise (1976), *Les mythes fondateurs de la nation américaine*, Paris, Maspéro, 377 p.

Meade James Edward (1939), *Economie politique et politique économique*, Paris.

Pate Hew (2004), *Antitrust in a Transatlantic context – from the Cicada's perspective, address at the «Antitrust in a Transatlantic Context»* Conference, Brussels, June 7, 2004.

Pitofsky Robert (1979), «The Political Content of Antitrust», 127 *Univ. of Pennsylvania Law Review*, 1051.

Prieto Catherine (2005), «Notion d'abus: comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft», *Concurrences*, n° 1-2004.

Souty François (1994), «La politique de concurrence de l'administration Clinton», *Problèmes économiques*, Paris, La Documentation française, n° 2383, 6 juillet 1994, p. 20-26.

Souty François (1994), «Les théories économiques de l'antitrust aux Etats-Unis: les enjeux nationaux et mondiaux de la politique de la concurrence», *Revue de la concurence et de la consommation*, Paris, n° 79, mai-juin 1994, p. 32-41.

Souty François (2003), *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union Européenne*, Paris, Montchrestien.

Souty François (2004), «La Cour suprême des États-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales: réflexions sur les arrêts *Empagran* et *Intel* v. AMD», *Petites Affiches*, 21 sept. 2004, p. 3-14.

Souty François (2004), *Les collectivités locales et le droit de la concurrence*, Paris, Imprimerie nationale-Dexia éditions, 500 p.

Souty François (2005), «Is there a Need for Additional WTO Competition Rules Promoting Non-Discrimnatory Competition Laws and Competition Institutions in WTO Members?», in E.U. Petersmann and J. Harrison, *Reforming the World Trading System, Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2005, p. 306-315.

Souty François (2005), «Les évolutions de la politique antitrust de l'administration de G.W. Bush (2001-2005)», Revue *Concurrence*, n° 4-2005.

US DOJ (2005), *Antitrust Division Update*, spring 2005.

US Supreme Court (2004), *Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko*, Jan. 13.

Van Miert Karel (2000), *Le Marché et le Pouvoir, souvenirs d'un Commissaire européen*, Bruxelles.

Yon Stéphanie (2005), «La Quatrième Conférence Annuelle de l'International Competition Network à Bonn», Revue *Concurrences*, n° 4-2005.