

ZLÉA et politique de concurrence : une porte ouverte à la domination des multinationales sur le marché continental américain ?

Par Sophie DUFOUR

La politique de concurrence constitue l'un des nouveaux thèmes des négociations commerciales multilatérales et régionales. Ainsi, dans le cadre du système commercial multilatéral de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ce thème a été introduit lors de la Conférence ministérielle de Singapour au mois de décembre 1996, en même temps que les questions relatives aux investissements, à la transparence dans les marchés publics ainsi qu'aux mesures de facilitation du commerce. Désormais connues sous le nom de « questions de Singapour », ces quatre thèmes n'ont toutefois pas encore été formellement incorporés aux négociations lancées à Doha au mois de novembre 2001, en dépit des efforts déployés à cet égard par certains Membres développés de l'OMC dont l'Union européenne et le Japon. Ces derniers font face en effet à une opposition virulente de la part de plusieurs pays en développement parmi lesquels l'Inde et la Malaisie. L'échec de la Conférence ministérielle de Cancun tenue au mois de septembre dernier est d'ailleurs étroitement lié à l'absence de consensus quant à l'ajout à propos d'inclure ces questions dans l'agenda des négociations de Doha.

Au niveau de la région des Amériques, l'insertion dans le texte de l'accord créant la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) d'un chapitre sur la politique de concurrence fait également l'objet de pourparlers et ce, nonobstant le fait que tout juste treize des trente-quatre États participants disposent à l'heure actuelle d'une législation nationale sur la concurrence¹. Présidé par le Pérou, le Groupe de négociations sur la politique de concurrence de la Zone a pour objectif de « veiller à ce que les bénéfices du processus de libéralisation de la ZLÉA ne soient pas atténués par des pratiques commerciales anticoncurrentielles »².

La coopération interétatique dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

L'idée d'inclure une politique de concurrence dans un accord commercial international ou régional ne date pas d'hier. Déjà, en 1948, elle avait été soulevée à l'occasion des négociations relatives à la création de l'Organisation internationale du commerce. Il avait alors été proposé de prévoir dans la *Charte de La Havane* un chapitre consacré aux pratiques restrictives du commerce afin de sanctionner les comportements anticoncurrentiels des entreprises sises dans un pays partie à la Charte. Disposition introductive du Chapitre V intitulé « Pratiques commerciales restrictives », l'article 46 énonçait la politique générale relativement à de telles pratiques. Son premier alinéa établissait notamment que :

«Chaque État membre prendra des mesures appropriées et *coopérera avec l'organisation* afin d'empêcher les pratiques commerciales (...) d'entreprises commerciales privées ou publiques (...) qui, dans le commerce international, entravent la concurrence, restreignent l'accès aux marchés 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 (...) ».

[l'emphase est nôtre]

Pour les raisons que nous connaissons, les dispositions du chapitre V de la *Charte de La Havane* ne verront jamais le jour. Cependant, le concept de coopération interétatique en matière de contrôle des pratiques restrictives du commerce que prônait l'article 46 deviendra central à tous les projets d'entente intergouvernementale de même nature mis de l'avant dans les décennies suivantes.

¹ Il s'agit de l'Argentine, du Brésil, du Canada, du Chili, de la Colombie, du Costa Rica, des États-Unis, de la Jamaïque, du Mexique, du Panama, du Pérou, de l'Uruguay et du Venezuela.

² Sommet des Amériques, Quatrième Réunion ministérielle, *Déclaration conjointe*, San Jose, Costa Rica, 19 mars 1998, Ann. II.

On retrouve ainsi ce concept au coeur du document intitulé *Ensemble de principes et de règles équitables mutuellement convenus portant sur le contrôle des pratiques commerciales restrictives* et adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies au mois de novembre 1980. Élaboré par un groupe d'experts de la Commission des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), cet instrument multilatéral non exécutoire propose une série de règles destinées à encadrer les actions des gouvernements et des entreprises privées relativement au contrôle des pratiques anticoncurrentielles et encourage à cette fin la collaboration des autorités compétentes des pays³.

La notion de coopération interétatique est reprise quelques années plus tard dans la *Recommandation concernant la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux* ainsi que dans la *Recommandation concernant une action efficace contre les ententes injustifiables* adoptées par le Conseil de l'OCDE en 1995⁴ et 1998⁵ respectivement, en vue d'accroître la coopération des pays membres dans leur lutte contre les pratiques commerciales particulièrement néfastes pour l'économie.

Bien que dépourvus d'effets juridiques contraignants et nonobstant leur portée généralement limitée à leurs seuls Membres, ces instruments multilatéraux de la CNUCED et de l'OCDE comportent le mérite de chercher à résoudre le problème de l'internationalisation des pratiques anticoncurrentielles sans restreindre la souveraineté territoriale des États ni empiéter sur celle-ci – une méthode à laquelle s'adonnent sporadiquement les États-Unis au grand dam de leurs partenaires commerciaux.

Le droit antitrust américain : extraterritorialité et théorie de l'effet

Il existe, en droit américain, un principe fondamental suivant lequel la législation adoptée par le Congrès s'applique, sauf exception, exclusivement à l'intérieur de la juridiction territoriale des États-Unis⁶. Cette présomption à l'encontre de la portée extraterritoriale de la législation américaine est énoncée pour la première fois en 1909 dans *American Banana Co. c. United Fruit*⁷, une affaire impliquant la loi Sherman, la législation antitrust américaine.

L'un des objectifs de cette présomption consiste à éviter tout achoppement entre la réglementation américaine et celle des autres États, considérant qu'un tel achoppement pourrait nuire aux relations interétatiques⁸. Néanmoins, le Congrès peut, exceptionnellement, choisir de rendre sa législation applicable au-delà des limites territoriales américaines.⁹ L'intention du Congrès d'attribuer une portée extraterritoriale doit toutefois se dégager du texte même de la législation concernée¹⁰.

En 1911, soit à peine deux ans après l'affaire *American Banana Co.*, la Cour suprême des États-Unis rejette la présomption et applique la loi Sherman à une entente conclue en Angleterre aux fins de créer un monopole dans la

³ CNUCED, UN Doc. TD/RBP/Conf/10 (2 mai 1980), adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 novembre 1980, UN Doc. A/C.2/35/L.75.

⁴ La Recommandation de 1995 a fait l'objet d'une révision le 2 avril 2003 en vue d'encourager les pays membres à accroître leurs liens de coopération sous forme de notifications, d'échanges d'informations, de coordination des actions, de consultations et de conciliation (OCDE, *Recommandation révisée du Conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, OCDE Doc. CCNM/GF/COMP/TR (2003)12 (2 avril 2003).

⁵ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, OCDE Doc. C(98)35/FINAL (25 mars 1998).

⁶ *Foley Bros. Inc. c. Filardo*, 336 U.S. 281 à la p. 285 (1949).

⁷ 213 U.S. 347 (1909).

⁸ *McCulloch c. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras*, 372 U.S. 10 aux pp. 20-22 (1963).

⁹ *Foley Bros. Inc. c. Filardo*, *supra* note 6 aux pp. 284-285; *Benz c. Compania Naviera Hidalgo, S.A.* 353 U.S. 138 à la p. 147 (1957).

¹⁰ *Foley Bros. Inc. c. Filardo*, *ibid.* à la p. 285.

commercialisation du tabac aux Etats-Unis¹¹. En 1927, la Cour suprême applique de nouveau la loi Sherman à l'encontre de compagnies américaines ayant conspiré en vue de l'établissement d'un monopole au Mexique¹².

En 1945, la Cour de deuxième circuit étend la portée extraterritoriale de la loi Sherman dans l'affaire *United States c. Aluminium Co. of America*¹³. Dans cette affaire, la Cour conclut que la loi Sherman s'applique à un groupe d'individus de nationalité autre qu'américaine à l'origine d'un complot destiné à contrôler le marché de l'aluminium et ce, même si les actes posés l'ont été hors du territoire américain. Ainsi que l'établit la Cour, la loi Sherman s'applique à partir de l'instant où les accusés posent des gestes hors du territoire américain : (i) avec l'intention de produire des effets sur le territoire américain; ou (ii) en l'absence de cette intention, dès lors que des effets se produisent *de facto* sur le territoire américain.

La doctrine de l'effet développée dans l'affaire *Aluminium Co.* a été appliquée à maintes reprises par la suite, conduisant de nombreux pays dont le Canada à se doter de lois visant à bloquer les effets extraterritoriaux des décisions rendues par les tribunaux américains en droit antitrust.

Raisons à l'origine de l'inclusion d'une politique de concurrence dans les accords commerciaux multilatéraux et régionaux

L'établissement de disciplines multilatérales, régionales ou bilatérales en matière de politique de concurrence n'est pas sans lien avec la libéralisation des échanges commerciaux et le pouvoir de plus en plus omnipotent des sociétés transnationales à l'échelle planétaire¹⁴.

En effet, les huit cycles de négociations commerciales multilatérales conclus depuis 1947 se sont traduits par un accès de plus en plus significatif aux marchés des États membres de l'OMC dans plusieurs secteurs économiques et par une réduction considérable des mesures gouvernementales – tarifaires et non tarifaires -- adoptées en vue de protéger les entreprises nationales contre la concurrence étrangère. Ce processus de libéralisation n'est pas sans fragiliser certaines industries qui pourraient chercher à contrer l'ouverture de leur marché en adoptant des comportements anticoncurrentiels sous forme, par exemple, d'ententes horizontales en vue de fixer les prix, de répartir la clientèle, de partager le marché, etc. Par ailleurs, la déréglementation qui accompagne inévitablement la libéralisation des marchés se traduit dans plusieurs pays en développement par la privatisation de leurs monopoles d'état. Or, cette démonopolisation peut avoir un effet pervers sur le marché intérieur si les entreprises privées nationales qui naissent de cette déréglementation choisissent d'agir par voie concertée au lieu de se faire concurrence.

De leur côté, les sociétés transnationales ont intérêt à ce que les pays au sein desquels elles s'installent à la suite de fusions ou d'acquisitions transfrontières harmonisent leurs disciplines en matière de politique de concurrence. Les fusions et les acquisitions sont en effet considérées par les sociétés transnationales comme un des meilleurs moyens d'étendre leur réseau de production. Or, il arrive que les projets de fusions ou d'acquisitions envisagés par les sociétés transnationales soient sinon bloqués à tout le moins considérablement retardés en raison des obstacles causés par l'application de politiques nationales de concurrence à contenu et objectifs divergents¹⁵.

¹¹ *United States c. Tobacco Co.*, 221 US 106 à la p. 184 (1911).

¹² *United States c. Sisal Sales Corp.*, 274 US 268 (1927).

¹³ 148 F. 2d 416 (2nd Circ. 1945).

¹⁴ Le pouvoir de dépenser de certaines sociétés transnationales dépasse aujourd'hui largement celui de la majorité des quelque deux cents États présents à travers la planète. Ainsi, en 2000, se retrouvaient dans le peloton des cent entités les plus riches au monde, quarante-neuf États et cinquante et une sociétés transnationales.

¹⁵ Les divergences de vues manifestées par les autorités européennes et américaines à l'endroit de la fusion projetée en 1998 entre les producteurs américains d'avions commerciaux Boeing et McDonnell Douglas ainsi qu'à l'endroit du projet d'acquisition d'Honeywell par General Electric en 2001 ne sont que deux

Les pays en développement et la politique de concurrence dans la ZLÉA

Tel qu'il a été mentionné précédemment, plus de la moitié des pays participant à la création de la ZLÉA ne sont dotés d'aucune législation nationale sur la concurrence. Tout en ayant franchi cette étape, d'autres pays de la zone l'ont fait dans un passé si récent qu'ils n'ont pour ainsi dire développé aucune expérience dans le domaine. À l'inverse, étant donné la longue feuille de route du Canada et des États-Unis en cette matière¹⁶, ces deux pays sont en bonne posture pour convaincre les trente-deux autres États participants du bien fondé de leurs objectifs de négociations.

Or, il importe que les pays en développement de l'Amérique du centre et du sud imposent leurs vues dans le cadre des négociations relatives à la politique de concurrence applicable dans la future ZLÉA, faute de quoi ils risquent de devoir accepter des règles continentales largement inspirées des expériences et des aspirations canadiennes et américaines.

Ainsi, les pays membres de la ZLÉA pourraient n'avoir d'autres choix que de traiter sur le même pied leurs entreprises nationales et les sociétés transnationales. En effet, bien que le chapitre du deuxième Avant-projet d'accord de la ZLÉA relatif à la politique de concurrence soit loin d'être finalisé – le nombre de crochets présents dans les différentes dispositions du chapitre en témoigne – il n'en reste pas moins clair que les dispositions actuellement proposées donnent une place importante au principe de non discrimination¹⁷ lequel suppose l'« application du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée, selon le plus favorable des deux¹⁸ ».

On notera également que les mécanismes de coopération et d'échange de renseignements envisagés dans le second Avant-projet¹⁹ semblent présumer de la capacité de tous les trente-quatre États à les instaurer. Or, il ne fait pas de doute qu'à défaut d'aide financière et technique de la part des pays les plus riches, les pays les plus pauvres du continent américain ne pourront apporter une collaboration efficace en vue d'établir l'existence de pratiques anticoncurrentielles transfrontalières.

Par ailleurs, rien ne permet de garantir que ces mécanismes de coopération et d'échanges de renseignements soient reçus avec un égal respect de la part des États parties à la zone. On peut à juste titre craindre que les États-Unis -- qui souhaitent ardemment élargir l'accès aux marchés nationaux des autres pays membres en faveur des sociétés américaines -- soient peu enclins à collaborer à une enquête transfrontière visant, par exemple, à établir la preuve de comportements anticoncurrentiels de la part d'une société transnationale américaine.

Enfin, bien que le second Avant-projet de texte reconnaisse aux États la possibilité de maintenir des monopoles²⁰, ceux-ci courent néanmoins le risque de faire l'objet d'attaques virulentes de la part des autorités étatsuniennes. Les recours pris récemment par les États-Unis à l'encontre de la Commission canadienne du blé devant le Département du Commerce américain et devant un groupe spécial de l'OMC en disent long sur la position de nos voisins du sud à ce sujet.

La politique de concurrence continentale au service des sociétés transnationales américaines

exemples de situations où l'application parallèle de politiques de concurrence de vision et de contenu différents s'est traduite par d'importantes frictions dans les relations commerciales américano-européenne.

¹⁶ Adoptée en 1889 et intitulée *Acte à l'effet de prévenir et de supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, la première loi canadienne sur la concurrence vise à mettre un terme aux monopoles dont la preuve de l'existence constitue à cette époque une infraction en vertu du Code criminel. Un an plus tard, le Congrès américain adopte la loi Sherman, destinée à sanctionner les cartels ou ententes (horizontales) injustifiables.

¹⁷ Voir ZLÉA, Avant-projet d'Accord, *Chapitre sur la politique de concurrence*, Doc. FTAA.TNC/w/133/Rev.2 (1^{er} novembre 2002), art. 1.5, 2.1.1 et 9.

¹⁸ *Ibid.*, art. 9.

¹⁹ *Ibid.*, art. 4.

²⁰ *Ibid.* art. 2.2.

Est-il possible de concevoir une politique de concurrence continentale capable de répondre aux préoccupations et aux objectifs de tous les États participants à la création de la ZLÉA ? On peut fortement en douter. Les États-Unis ne consentiront jamais à l'instauration d'une politique susceptible de freiner les ardeurs de leurs sociétés ou d'ouvrir la porte à la possibilité que des autorités étrangères compétentes en la matière s'immiscent dans les activités de ces sociétés en vue d'y déceler des pratiques anticoncurrentielles. Ce que cherchent à obtenir les États-Unis, c'est une politique apte à faciliter les projets de fusions et d'acquisitions que recherchent activement les sociétés transnationales américaines en vue d'accroître leur pouvoir de marché à l'échelle continentale. En d'autres termes, les Américains veulent s'assurer que le travail de leurs autorités dans ce domaine ne puisse être court-circuité par des instances étrangères dont les vues et les objectifs en matière de politique de concurrence divergent de ceux des États-Unis.
