

5. — LA CONCURRENCE : UN PROBLÈME INSOLUBLE À L'OMC?

Michèle Rioux

MICHÈLE RIOUX

est professeure au département de science politique de l'UQAM et directrice du Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation. Elle s'intéresse depuis plusieurs années à l'économie politique des processus de mondialisation, l'évolution du capitalisme en lien avec les changements technologiques, aux rôles des organisations et des institutions dans la régulation économique mondiale. Elle a récemment publié avec G Gagné, *From NAFTA to USMCA, Série Canada and International Affairs*, Palgrave Macmillan Springer et avec A Vlassis, D Tchéhouali, *La culture à l'ère du numérique: Plateformes, normes et politiques*, PUL.

Introduction

Les marchés sont de plus en plus ouverts à la concurrence internationale depuis la création du système commercial multilatéral. Toutefois, de nombreux obstacles persistent quant à l'adoption de règles multilatérales relatives aux pratiques commerciales restrictives des entreprises et des États qui influent sur les flux commerciaux et d'investissement. La concurrence est un problème quasiment insoluble pour le système commercial multilatéral qui n'a réussi à aborder la question qu'indirectement avec, notamment, le code antidumping. Certes, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) fait face à plusieurs défis de taille tout aussi importants que celui de la concurrence. C'est le cas par exemple avec le secteur de l'agriculture, mais également avec les nouvelles questions liées aux transformations numériques et écologiques. Toutefois, force est de constater que le cas de la concurrence est particulièrement complexe, car il touche au cœur de la dynamique évolutive du système capitaliste.

À l'OMC, se pose la question des interactions entre les politiques commerciales et les politiques de la concurrence, les premières étant des politiques qui visent principalement le commerce international alors que les secondes s'adressent surtout aux politiques nationales se rapportant aux pratiques des entreprises sur le marché national malgré une dimension internationale de plus en plus marquée. La concurrence est donc l'une des questions commerciales les plus épineuses sur le plan multilatéral depuis 1997, année de la publication d'un rapport de l'OMC portant sur les interactions entre les politiques commerciales et les politiques de la concurrence¹. C'est une question stratégique en raison notamment de la concentration économique accrue et des interventions étatiques visant des objectifs très diversifiés pouvant créer des restrictions à la concurrence (création de champions nationaux, relocalisation des investissements des industries sur le territoire national, lutte contre la pandémie et ses impacts, enjeux sécuritaires contemporains).

Entre les efforts de coopération et la tentation de déployer des stratégies qui ont souvent des allures déloyales, l'ambivalence des États mine fortement la coopération dans le domaine de la concurrence, lequel comporte son lot de complexités juridiques et économiques. Ainsi, force est de constater que les efforts de coopération sont bloqués ou limités à des avancées très superficielles.

Dans la première partie de ce chapitre, nous discutons des efforts et des initiatives en matière de concurrence des différents forums internationaux. Enfin, dans une deuxième partie, nous ciblons les facteurs de blocage qui peuvent expliquer pourquoi l'OMC semble incapable de s'engager dans une régulation effective de la concurrence, notamment la divergence des modèles économiques dans le nouveau contexte de la géoéconomie mondiale, le contexte de transformations liées à la transition numérique et ses effets sur la concurrence, les impératifs de la transition écologique ainsi que les effets de la gestion de la pandémie de COVID-19.

I. – Aux origines de la coopération internationale en matière de concurrence (1890-1994)

Il est reconnu depuis longtemps que le commerce et les politiques en matière d'investissement et de concurrence sont étroitement liés. D'ailleurs, lorsque le GATT a été rédigé à la fin des années 40, il était notamment prévu que des règles sur les politiques en matière d'invest-

1. OMC, *Le commerce et la politique de la concurrence*, Rapport annuel 1997, vol 1, Dossier spécial, Genève, OMC, 1997. Voir aussi le rapport des États-Unis, *International Competition Policy Advisory Committee*, « Final Report to the Attorney General and Assistant

Attorney General for Antitrust » (2000), en ligne : *Justice.gov* <www.justice.gov/atr/final-report>, qui traite des problèmes d'accès des entreprises américaines au marché mondial liés à la concurrence.

tissement et de concurrence seraient établies parallèlement aux disciplines régissant le commerce des marchandises. (Comme le projet de création d'une Organisation internationale du commerce a échoué, les deux autres accords n'ont jamais été mis au point.)²

A. – Les premières discussions internationales : 1980-1945

Depuis l'émergence des débats nationaux et internationaux autour du principe de concurrence qui remonte à la fin du XIX^e siècle avec l'adoption de lois nationales visant les pratiques anticoncurrentielles aux États-Unis (1890) et au Canada (1889), les politiques de la concurrence adoptées désormais par la grande majorité des pays ciblent les entreprises, notamment en ce qui concerne la formation d'ententes anticoncurrentielles, de complots et de cartels, la création de monopoles et de positions dominantes, ainsi que les fusions et acquisitions menaçant de favoriser des cas de concentration économique. Dans le cadre de la politique supranationale de l'Union européenne ou des dispositions dans les traités commerciaux, il s'agit d'encadrer le dumping, les aides et les subventions étatiques, les effets discriminatoires des réglementations, les impacts anticoncurrentiels des politiques industrielles ainsi que les comportements des monopoles et des entreprises d'État limitant la concurrence.

Les États-Unis ont joué un rôle déterminant dans le développement du droit antitrust et des politiques de la concurrence. À la fin du XIX^e siècle, la concurrence aux États-Unis a fait l'objet de débats juridiques et politiques qui ont mené à l'émergence de lois antitrust, dont la très célèbre loi Sherman adoptée en 1890³. Au début du XX^e siècle, les États-Unis ont utilisé leur arsenal antitrust, notamment pour démanteler le monopole de Rockefeller, la Standard Oil, qui déployait sa puissance en utilisant plusieurs stratégies qui entraînaient des problèmes économiques, sociaux et politiques minant la vie démocratique du pays. Parallèlement, ils ont appliqué de manière extraterritoriale leur politique de la concurrence tout en exemptant leurs exportateurs de l'application de leurs lois antitrust⁴. Sur la scène internationale, dans le cadre de la Société des Nations, les cartels ont été qualifiés d'ennemis du commerce mondial, mais n'ont pas fait l'objet de négociation⁵. Le contexte de la crise économique des années 1930 et de la désintégration de l'économie mondiale en raison de la montée du protectionnisme a permis de retracer l'origine des débats entourant la coopération internationale en matière de concurrence. Pour les États-Unis, il était clair que des règles de droit devaient être appliquées pour réduire non seulement les rivalités commerciales et les barrières protectionnistes, mais également les pratiques restrictives des entreprises privées affectant le commerce.

B. – De la Seconde Guerre mondiale à la création de l'OMC : 1945-1994

Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, les États-Unis ont pris le parti de cibler les préférences impériales britanniques, les cartels et le travail forcé pratiqué dans les camps de concentration de l'Allemagne et du Japon. Pour les États-Unis, il fallait procéder au désarme-

2. OMC, « Investissement, concurrence, marchés publics, procédures simplifiées », en ligne : OMC <www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/bey3_f.htm>.

3. National Archives, « Sherman Anti-Trust Act 1890 », en ligne : *National Archives* <www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act>.

4. Sophie Agulhon et Thomas Michael Müller, « Histoire de la régulation de la concurrence : les leçons du

Clayton Antitrust Act (1914) sur la dynamique concurrentielle » dans Faouzi Bensebaa, dir., *La dynamique concurrentielle : acteurs singuliers, stratégies plurielles*, Caen, EMS Éditions, 2021, 174; Robert Boyer, *Économie politique des capitalismes. Théorie de la régulation et des crises*, Paris, La Découverte, 2015.

5. Voir Michèle Rioux, *Réguler la concurrence globalisée : le cas du Canada*, Paris, Presses académiques francophones, 2013.

ment militaire et économique au niveau international. Ainsi, après la Seconde Guerre mondiale, ils ont incité les pays d'Europe et d'Asie, notamment l'Allemagne de l'Ouest et le Japon, à élaborer, à adopter et à appliquer un droit de la concurrence ayant comme objectif d'éliminer les pratiques restrictives sur le plan commercial. Ils ont aussi appuyé le processus de création d'un droit supranational de la concurrence à l'échelle européenne qui est devenu tout aussi influent que le droit de la concurrence des États-Unis⁶. Parallèlement, ils ont été les architectes principaux de l'ordre économique international fondé sur l'internationalisme libéral dont un des piliers est certainement le système commercial multilatéral⁷.

À cet égard, la *Charte de La Havane* (la *Charte*), qui créait l'Organisation internationale du commerce, visait à établir et à faire appliquer des dispositions relatives à la concurrence⁸. Le chapitre V de la *Charte* encadrait les pratiques commerciales restrictives et engageait les États parties à adopter des mesures appropriées et à coopérer avec l'Organisation afin de prévenir les pratiques d'affaires touchant le commerce international qui restreignent la concurrence, limitent l'accès aux marchés ou favorisent le contrôle monopolistique.

Quant à lui, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT)⁹ de 1947 ne contenait pas de dispositions sur la concurrence et n'abordait pas la question des pratiques commerciales restrictives privées. Toutefois, en 1960, les États parties ont adopté une décision visant à favoriser la notification et la consultation en matière d'application des politiques de la concurrence¹⁰.

Néanmoins, le GATT ajoute une pierre à l'édifice normatif dans la mesure où il s'intéresse aux conditions d'accès aux marchés des produits. Ainsi, en cas de concurrence déloyale de la part des entreprises ou des États, le GATT autorise la prise de mesures antidumping¹¹ et de droits compensateurs, de manière à rétablir le rapport de concurrence. Si l'on peut penser que les accords antidumping issus du Tokyo Round sont indirectement liés au droit de la concurrence, Hoekman et Mavroidis estiment que ceux-ci sont plutôt contraires aux principes de base du droit de la concurrence¹². Ceci est certainement la raison principale des problèmes de négociations commerciales durant le Cycle d'Uruguay, alors que les États-Unis, insatisfaits du GATT, ont tenté de forcer le jeu avec des mesures extraterritoriales de leurs lois ou par le biais de l'application unilatérale de leur politique commerciale à des pratiques qu'ils considéraient comme anticoncurrentielles, voire déloyales. C'est dans ce contexte que les mesures antidumping représentaient un levier pour les Américains dans les négociations commerciales.

Les mesures antidumping des États-Unis ont pesé sur plusieurs de leurs partenaires commerciaux, dont le Canada. Contrairement aux politiques de la concurrence, l'antidumping ne nécessite pas la preuve de prédation, ce qui signifie que toute entreprise étrangère qui exporte

6. Voir *Ibid.*

7. Pour des définitions éclairantes de l'internationalisme libéral et du multilatéralisme, voir Christian Deblock, « OMC : le déclin irréversible de la réciprocité et du multilatéralisme » (2010) 45:1 L'Économie politique 35.

8. Pour une description détaillée des initiatives internationales en matière de concurrence de 1900 à 1960, voir Lazar Focsaneanu, « Les pratiques commerciales restrictives et le droit international » (1964) 10 AFDI 267. Les questions d'accès au marché étaient importantes, mais on note aussi les questions sociales et de développement économique.

9. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [GATT].

10. *World Trade Law, Pratiques commerciales restrictives : dispositions prises en vue de consultations, Décision du 18 novembre 1960*, BISD 9S/28, en ligne : *World Trade Law* <www.worldtradelaw.net/misc/rbp1.pdf.download>.

11. Sur les mesures antidumping et les subventions, voir OMC, « Mesures antidumping, subventions, sauvegardes : faire face à l'imprévu », en ligne : OMC <www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm8_f.htm>. Voir aussi Farid Gasmi, Wendy L Hansen et Jean Jacques Laffont, « Une analyse empirique des décisions en matière d'antidumping aux États-Unis » (1997) 73:1-2-3, L'Actualité économique 423 [Gasmi, Hansen et Laffont].

12. Bernard M Hoekman et Petros C Mavroidis, « Dumping, Antidumping and Antitrust » (1996) 30:1 *J World Trade* 27.

à des prix moindres est une cible potentielle sans que soit prise en compte la possibilité que le bas prix puisse refléter une efficacité plus grande qui est analysée en droit de la concurrence. Si le Cycle d'Uruguay a amélioré le système antidumping de Tokyo en ce qui a trait aux règles qui servent à déterminer le préjudice, les procédures, la définition de la marge de dumping et la durée d'application des mesures, le code antidumping est loin de constituer une solution de rechange aux règles de la concurrence¹³.

Depuis lors, certaines solutions ont été envisagées à l'OMC, comme rendre les mesures antidumping « contestables » en faisant intervenir les règles et les procédures qui servent à l'application de la politique de la concurrence (par exemple, la démonstration de l'existence de barrières à l'entrée, l'utilisation du concept de « marché pertinent ») et faire appliquer les dispositions de la politique de la concurrence plutôt que celles des lois commerciales¹⁴. Rien de très concret n'a émergé.

Lorsqu'il s'agit d'avoir un accès au marché « concurrentiel » des États aux Accords du GATT/OMC (plutôt que de se défendre contre les exportations déloyales ayant des effets anti-concurrentiels sur le marché national), l'article XXIII prévoit les cas où les exportateurs d'un pays se butent à des pratiques qui ont comme effet d'annuler ou de compromettre l'accès au marché dans les secteurs qui sont libéralisés. Nous aborderons cette question dans la prochaine section.

L'application extraterritoriale des lois antitrust est un phénomène important, en particulier en ce qui concerne les États-Unis et l'Union européenne. Le Canada, comme d'autres pays, a adopté une loi visant à se défendre contre l'application extraterritoriale du droit antitrust des États-Unis tout en s'opposant à leurs mesures unilatérales contre le dumping¹⁵.

Faute de voir le jour à l'OMC, c'est à l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) que les actions de coopération internationale en matière de concurrence ont été entreprises. On note les exemples suivants :

- L'arrimage entre la politique de la concurrence et la politique commerciale a fait l'objet d'efforts de coopération à l'OCDE qui a également fait la promotion de l'application des politiques de concurrence en utilisant le principe de courtoisie négative (visant les effets de l'application des lois sur la concurrence sur les partenaires) et positive (ciblant les actions conjointes en matière de concurrence).
- Aux Nations Unies, la perspective des pays en développement s'est exprimée alors que la question de la concurrence était moins liée à l'accès au marché ou à l'antidumping, mais plutôt au pouvoir monopolistique des entreprises multinationales et à son incidence sur leur développement économique et social. La CNUCED a permis l'adoption d'un instrument dont le but est de contrer le pouvoir de marché monopolistique des entreprises multinationales : *L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives*¹⁶. Cet instrument, qui vise le contrôle des pratiques des firmes multinationales et une prise en compte des besoins spécifiques des pays en développement, a suscité la résistance des pays développés à en faire un instrument contraignant, ce qui ne s'est pas concrétisé.

13. Certains ont même avancé une réglementation captive aux États-Unis, voir Gasmí, Hansen et Laffont, *supra* note 11.

14. Thomas Cottier, « Recalibrating the WTO Dispute Settlement System: Towards New Standards of Appellate Review » (2021) 24:3 *J Intl Econ L* 515; Kent Jones, « Populism, Globalization, and the Prospects

for Restoring the WTO » (2023) 11:1 *Politics & Governance* 181.

15. Voir Rioux, *supra* note 5. *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, LRC 1985, c F-29.

16. *Pratiques commerciales restrictives*, Rés AG, Doc off AG NU, 35^e sess, Doc NU A/RES/35/63 (1980).

C. – Du groupe de travail à l'OMC vers les accords préférentiels et le Réseau international de la concurrence (1995-2023)

La première limite est imposée par la nature des Accords de l'OMC. Le GATT ne vise que des pratiques étatiques, c'est-à-dire que les pratiques entièrement privées sont en dehors de la juridiction du GATT (sauf, bien sûr, des cas comme l'antidumping où explicitement on vise des pratiques privées). Par conséquent, la question pertinente est de savoir quel degré d'intervention est nécessaire pour qu'une pratique soit qualifiée comme étatique ¹⁷ ?

Si l'OMC a ouvert le débat sur la concurrence, celui-ci s'est rapidement dirigé vers une nouvelle forme de coopération internationale avec la création du Réseau international de la concurrence (RIC) et la multiplication des accords commerciaux préférentiels bilatéraux et régionaux et des accords bilatéraux de coopération en matière de concurrence.

Dans les années 1990, les questions de concurrence ont resurgi sur la scène internationale tant aux niveaux bilatéral et régional que multilatéral. D'ailleurs, lors des négociations qui ont mené à la création de l'OMC, les États-Unis et l'Union européenne avaient placé la question de la concurrence au cœur des nouveaux enjeux de la libéralisation des échanges commerciaux ¹⁸. Depuis, de manière circonscrite, des règles qui s'appliquent à certaines pratiques des entreprises ont émané du système multilatéral.

Certains accords de l'OMC, notamment celui sur les télécommunications de base et celui qui porte sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ¹⁹, ont incorporé des mesures relatives à la concurrence, mais rien n'indique que les États soient prêts à s'engager plus loin dans l'élaboration de règles multilatérales ²⁰.

Aussi, quelques affaires ont confirmé que l'OMC peut agir dans certains cas dans l'état actuel du droit, mais toujours indirectement ²¹.

- Dans l'affaire *Japon – Film*, les États-Unis alléguaient que le Japon tolérait les pratiques anticoncurrentielles de Fuji ²². Dans cette affaire, l'OMC a accepté de se prononcer sur un cas de pratiques anticoncurrentielles de la part de Fuji, pratiques qui nuisaient à l'accès au marché de Kodak. L'inaction du Japon à l'égard des pratiques affectant l'accès au marché a été considérée comme annulant les engagements du Japon en matière d'accès au marché.
- Le cas de l'aide publique opposant le Brésil et le Canada depuis 1997 dans le domaine de l'aérospatiale. Les aides d'États du Brésil et du Canada sont les sujets de plusieurs disputes à l'OMC.

17. Petros C Mavroidis, « Les pratiques restrictives du commerce : la question de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses États membres dans le cadre de l'Organisation mondiale du Commerce » (1996) 42 AFDI 864 à la p 869.

18. Bernard M Hoekman, Petros C Mavroidis et Douglas Nelson, « Geopolitical Competition, Globalization and WTO Reform » (2022) European University Institute, RSC, Document de travail n° 2022/67.

19. *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994 1869 RTNU 299 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).

20. Robert Anderson et Frédéric Jenny, « Competition Policy, Economic Development and the Possible Role of a Multilateral Framework on Competition Policy:

Insights from the WTO Working Group on Trade and Competition Policy » dans Erlinda Medalla, dir, *Competition Policy in East Asia*, Londres, Routledge, 2005, 61; Robert D Anderson et Peter Holmes, « Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System » (2002) 5:2 J Intl Econ L 531.

21. Le rapport de l'International Competition Policy Advisory Committee, *supra* note 1, donne un aperçu des préoccupations des États-Unis lors de la création de l'OMC et de ses premières années de fonctionnement.

22. *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (Plainte des États-Unis)* (1998), OMC Doc WT/DS44/R au para 6.37 (Rapport du groupe spécial [*Japon – Film*]).

- L'entreprise mexicaine Telmex a fait l'objet d'une plainte de la part des États-Unis auprès de l'OMC. Un Groupe spécial a conclu que le Mexique avait laissé Telmex imposer des coûts d'interconnexion trop élevés aux fournisseurs américains²³.

Au sortir de la Conférence ministérielle de 1996, les questions dites de Singapour incluait la concurrence²⁴. Le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence a alors été créé. À la suite de la Déclaration ministérielle de Doha en 2001²⁵, les travaux de ce groupe de travail portaient sur les principes fondamentaux de l'application des lois nationales (transparence, non-discrimination et équité procédurale); les dispositions relatives aux ententes injustifiables; la coopération; et l'appui au renforcement des institutions responsables de la concurrence dans les pays en développement²⁶. Les efforts s'orientaient vers un accord-cadre visant les mesures anticoncurrentielles touchant le commerce. Les États-Unis étaient favorables à une approche minimaliste fondée sur les lois existantes et les compétences nationales à l'OMC et, au début des années 2000, ils ont favorisé l'établissement du RIC. Nous y reviendrons²⁷. Le Groupe de travail est désormais inactif. En effet, depuis 2004, le Conseil a décidé que la question de la concurrence ne ferait plus partie du programme de travail de Doha²⁸ et qu'elle devait être abordée principalement dans d'autres sites de gouvernance économique comme la CNUCED et l'OCDE. Malgré qu'il soit inactif, selon Anderson et ses collègues « ce groupe continue d'exister et pourrait servir d'espace de réflexion sur ces questions si les membres de l'OMC estiment que c'est utile et opportun »²⁹. Les activités de ce groupe pourraient bénéficier de collaborations avec le RIC, l'OCDE, la CNUCED.

Aucun consensus n'existe sur la nécessité de parvenir à un accord général sur la concurrence au sein de l'OMC. La voie bilatérale ou régionale est aussi plus propice à l'expression des préférences des grands joueurs. Les accords commerciaux ont, depuis l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*, intégré des dispositions sur la concurrence, les monopoles et les entreprises d'État (chapitre 15 de l'*ALENA*). Le modèle se distingue de celui de l'intégration européenne. L'Union européenne a développé une loi supranationale ambitieuse traitant des comportements étatiques et privés. En Amérique du Nord en revanche, le modèle d'intégration

23. Eleanor M Fox, « The WTO's First Antitrust Case – Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition » (2006) 9:2 J Intl Econ L 271.

24. OMC, *Déclaration ministérielle de Singapour*, OMC Doc WT/MIN(96)/DEC (1996), en ligne : OMC <www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min96_f/singapore_declaration96_f.pdf>.

25. OMC, *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/2 (2001) au para 4, en ligne : OMC <www.wto.org/French/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.pdf>

26. Mavroidis, *supra* note 17.

27. Le RIC est un réseau d'acteurs impliqués dans la régulation de la concurrence. Voir Hugh M Hollman et William E Kovacic, « The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role » (2011) 20:2 Minn J Intl L, 274.

28. Voir OMC, « Interaction entre le commerce et la politique de la concurrence », en ligne : OMC <www.wto.org/french/tratop_f/comp_f/comp_f.htm>; OMC, « Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence – Historique, mandats et décisions », en ligne : OMC <www.wto.org/french/tratop_f/comp_f/history_f.htm#julydec>. Liens entre commerce et investissement, Interaction du commerce et de la politique de la concurrence et Transparence des marchés publics : le Conseil convient que ces questions, mentionnées aux paragraphes 20 à 22, 23 à 25 et 26 respectivement de la Déclaration ministérielle de Doha, ne feront pas partie du Programme de travail énoncé dans ladite Déclaration et que par conséquent il n'y aura pas de travaux en vue de négociations sur l'une quelconque de ces questions dans le cadre de l'OMC pendant le Cycle de Doha.

29. Robert Anderson et al, *Politique de la concurrence, commerce et économie mondiale : éléments figurant dans les accords de l'OMC existants, engagements contenus dans les accords commerciaux, défis actuels et axes de réflexion*, Forum mondial sur la concurrence, Paris, OCDE, 2019 au para 82.

régionale est décentralisé et repose sur l'application des lois nationales malgré un fort alignement de facto sur les approches normatives et juridiques des États-Unis³⁰. Avant l'*ALENA*, l'*Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Canada* a ouvert la voie à une restructuration économique importante et généralisée visant à faire de l'Amérique du Nord un chef de file de l'innovation et de la compétitivité dans l'économie mondiale. Outre les questions sur l'antidumping et les droits compensateurs, l'*ALENA* a un mécanisme de règlement des différends, suivant les dispositions du chapitre 15, qui ne s'applique qu'aux monopoles et aux entreprises d'État, mais exempte cependant tous les autres conflits liés à la concurrence³¹. L'*ALENA* engage toutefois les trois pays à « adopter ou maintenir des mesures pour proscrire les pratiques commerciales anti-concurrentielles »³². On y reconnaît l'importance de la coordination et de la coopération pour une application efficace des lois sur la concurrence.

L'*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*³³ vise le même objectif que l'*ALENA*, à savoir garantir la réglementation des comportements commerciaux anticoncurrentiels³⁴. Les dispositions de l'*ACEUM* visent à s'assurer que les parties appliquent leurs lois nationales respectives sur la concurrence aux activités commerciales. Les chapitres 21 et 22 contiennent des dispositions plus ambitieuses en matière d'application de la concurrence et de coopération³⁵, mais il est certain que l'impact de l'*ACEUM* dépendra de l'intensification de la coopération entre les partenaires régionaux³⁶. L'*ACEUM* n'est pas un cas unique. Comme l'illustre le graphique suivant, depuis 1958, les accords commerciaux régionaux (ACR) traitent de plus en plus de la politique de la concurrence. Ce phénomène ne signifie pas que l'OMC est en retard face au dynamisme de la voie régionale.

30. Andreea-Florina Fora, « Regional Trade Agreements and Competition Policy. Case Study: EU, Asean and Nafta » (2014) 1:1 Annals Faculty Econs 4.

31. Kathleen Murtaugh Collins, « Harmonizing the Antitrust Laws of NAFTA Signatories » (1994) 17:1 Loy LA Intl & Comp L Rev 157 aux pp 161-162.

32. Daniel Sokol, « Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises » (2009) 6 BYUL Rev 1713.

33. Gouvernement du Canada, « Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) » (26 novembre 2020), en ligne : *Gouvernement du Canada* <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-ac-cords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-ac-cords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra)

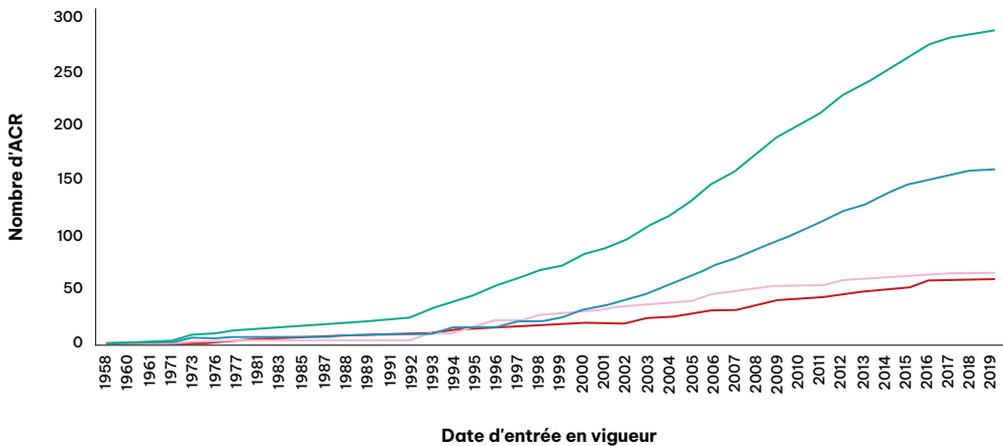
[texte/toc-tdm.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-ac-cords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra)> [ACEUM].

34. Sokol, *supra* note 32.

35. Michèle Rioux, « From NAFTA to the USM-CA: Competition, Monopolies and State-Owned Enterprises » dans Gilbert Gagné et Michèle Rioux, dir, *NAFTA 2.0, From the First NAFTA to the United States-Mexico-Canada Agreement*, New York, Palgrave Springer, 2022, 127.

36. Daniel Sokol, « Order without (Enforceable) Law: Why Countries Enter into Non-Enforceable Competition Policy Chapters in Free Trade Agreements » (2008) 83:1 Chicago-Kent L Rev 231.

Graphique 1. Traitement de la politique de la concurrence dans les ACR (1958-2019)



Source: SI-ACR de l'OMC.



Source : Robert Anderson et al, *Politique de la concurrence, commerce et économie mondiale : éléments figurant dans les accords de l'OMC existants, engagements contenus dans les accords commerciaux, défis actuels et axes de réflexion*, Forum mondial sur la concurrence, Paris, OCDE, 2019.

L'Union européenne est plus influente sur la scène internationale et rivalise à cet égard avec les États-Unis comme régulateur de portée mondiale en matière de concurrence. Son processus d'intégration régionale est plus institutionnalisé et intensif. Il vise les pratiques des entreprises et des États qui affectent la concurrence au sein de l'Union européenne tout en ayant une portée extraterritoriale fondée sur la doctrine de l'effet³⁷ qui justifie la compétence des autorités de la concurrence sur un territoire externe lorsqu'il y a un effet substantiel sur la concurrence sur ce marché ou encore sur les marchés d'exportation. Ces questions sont en marge de la question principale qui nous intéresse dans ce chapitre, mais le constat qui en ressort est néanmoins que l'OMC est en retard sur la voie régionale.

La même conclusion peut être tirée avec le développement des initiatives du RIC. Ce réseau constitue une innovation institutionnelle en matière de concurrence en raison de la participation des autorités de la concurrence et des parties prenantes de la société civile³⁸. Le RIC met en place des groupes de travail qui s'intéressent à des questions précises avec un agenda pragmatique qui implique une pluralité d'acteurs concernés directement par les enjeux dans ce domaine de coopération internationale. Le RIC a fait avancer la coopération dans ce domaine de manière beaucoup plus significative que l'OMC.

³⁷. Rioux, *supra* note 5.

³⁸. Paul O'Brien, « The ICN: Using 20 Years of Network Effects to Look to the Future » (2021) *Antitrust Magazine Online* 1.

II. – Les blocages : rivalités stratégiques, évolution du capitalisme et interventions étatiques

Les défis actuels de régulation de la concurrence sont complexes en raison des changements technologiques, des conséquences de la pandémie et des conflits géostratégiques multiples. La coopération internationale doit répondre à des questions de concurrence découlant des nouvelles chaînes de valeur mondiales qui mettent en interaction différents modèles économiques, le pouvoir monopolistique des géants du Web et ses conséquences³⁹, ainsi que la situation post-COVID-19 qui façonne les secteurs essentiels et non essentiels de l'économie mondiale⁴⁰. Un autre défi concerne l'arrimage entre concurrence et développement durable.

Les intérêts stratégiques sont toujours à l'arrière-plan de la coopération économique internationale. La concurrence est un enjeu politique stratégique et complexe tant à l'échelle nationale que mondiale. Les politiques de la concurrence et la coopération en la matière reposent sur des notions dont les contours varient en raison des fluctuations et des changements structurels. En toile de fond, les théories et les approches définissant une économie de marché en termes de comportements acceptables et inacceptables des acteurs, privés et publics, sont débattues de manière stratégique et démocratique. Des blocages sont importants et on les regroupe dans plusieurs catégories.

Un *premier blocage* intervient ainsi dans la manière dont les cultures de la concurrence évoluent dans le monde avec des interventions étatiques de plus en plus fréquentes. Les États ne se trouvent plus dans une perspective de libre-échange, mais dans une approche qui soumet le marché et l'accès au marché international à des objectifs industriels et sécuritaires nationaux et internationaux. Le XXI^e siècle ne sera plus une période d'exclusivité d'influence et de puissance des États-Unis. Comme nous l'avons vu, les États-Unis ont exercé une grande influence dans le développement des trajectoires de régulation de la concurrence au XX^e siècle. Or, il est assez certain de supposer qu'ils ne seront plus les seuls à dicter les règles de la concurrence dans ce nouveau siècle puisque la Chine et l'Europe occupent de plus en plus de place, la Chine en tant que puissance économique montante et l'Europe en tant que puissance sur le plan normatif.

Avec ses interventions sur les marchés et de nouveaux partenariats internationaux, la Chine bouscule l'ordre économique mondial avec de nouveaux modèles d'affaires alliant la puissance publique et politique et le secteur privé. Les leaders technologiques sont encore d'origine américaine, mais les politiques des États-Unis sont influencées par la montée en puissance de la Chine et par le conflit en Ukraine qui mettent en lumière les aspirations de puissance économique et militaire de la Chine et de la Russie. Ce premier blocage de nature idéologique allie enjeux économiques et sécuritaires. En l'absence d'une approche commune au niveau mondial en matière de régulation de la concurrence, plusieurs perspectives s'opposent et ceci n'est pas nouveau. Il suffit d'évoquer les débats entre le Japon et les États-Unis dans les années 1980, les disputes opposant l'Europe et les États-Unis au sujet de la rivalité Airbus-Boeing, les revendications des pays en développement en ce qui concerne le pouvoir de marché des entreprises multinationales ou encore les divergences de conception au sujet de la nature même d'une économie de marché depuis l'entrée de la Chine et de la Russie à l'OMC.

Le *deuxième blocage* est relatif aux répercussions de l'évolution du capitalisme. La question du numérique est centrale et l'adaptation des politiques de la concurrence à l'ère du commerce électronique représentera un défi pour les États, les instances régionales et mon-

³⁹. Megan Browdie et al. « United States: Technology Mergers » (2020), en ligne : *Global Competition Review* <<https://globalcompetitionreview.com/review/the-antitrust-review-of-the-americas/2021/article/united-states-technology-mergers>>.

⁴⁰. Aimee Imundo, « United States: Department of Justice » (2020), en ligne : *Global Competition Review* <<https://globalcompetitionreview.com/review/the-antitrust-review-of-the-americas/2021/article/united-states-department-of-justice>>.

diales ainsi que pour les formes nouvelles de coopération et de médiation. Au tournant du XXI^e siècle, l'avancée d'Internet et son utilisation accrue par des intérêts économiques de même que la croissance rapide des échanges commerciaux par cette voie ont soulevé de nouveaux défis d'encadrement de la concurrence sur le plan mondial. Ces défis ne sont pas tant nouveaux par leur nature que par l'efficacité extraordinaire des plateformes numériques et des réseaux sociaux à exploiter et à amplifier les caractéristiques déjà connues des monopoles et oligopoles classiques tout en ayant accès presque instantanément au marché mondial. Comme l'exprime Benhamou :

Les plateformes en ligne se distinguent par la démultiplication de leurs caractéristiques usuelles : les économies d'échelle y deviennent infinies (du fait de coûts fixes élevés et de coûts variables très faibles), ce qui rend difficile l'arrivée de nouveaux entrants, et elles combinent des effets de réseau simples (valeur du service liée au nombre d'utilisateurs) et des effets de réseau croisés (valeur du service dépendant du nombre d'utilisateurs d'un autre service)⁴¹.

Les politiques de la concurrence s'appliquent-elles de la même manière à l'ère numérique? L'OMC n'a pas beaucoup de réponses en la matière mis à part des dispositions qui affirment le droit de réguler des États, mais qui insistent également sur la nature non discriminatoire de ces régulations⁴². Dans le contexte des opérations des plateformes numériques, où les services sont proposés gratuitement aux consommateurs, un tel critère s'avère difficile à utiliser pour mesurer l'impact réel d'une entreprise sur la concurrence. Sont ainsi mis de côté, les effets sur l'innovation, la capacité des consommateurs à faire des choix et les possibilités pour les entrepreneurs de créer des entreprises qui peuvent rivaliser avec les géants du Web (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft ou GAFAM)⁴³. Malgré un discours critique à l'égard de ces géants, les États-Unis ne sont pas intervenus contre les opérations de concentration dans le secteur numérique. Les transformations structurelles liées au numérique et au commerce électronique posent de nouveaux problèmes de concurrence dans un contexte de monopolisation des marchés par les géants du Web⁴⁴.

First et Fox observent que les autorités de la concurrence en dehors des États-Unis continuent de mener des discussions sur la manière de traiter les plateformes numériques⁴⁵. Les tentatives de coopération dans le domaine de la concurrence entre les États-Unis et l'Europe sur la question de l'économie numérique vont dépendre de la manière dont la Transatlantic Digital Marketplace Initiative et le Conseil du commerce et des technologies UE-États-Unis pourront donner des résultats concrets⁴⁶. Dans un contexte de mise à mal de nombreux secteurs d'activité économique liés à l'économie numérique, de concentration des grands joueurs économiques et de difficultés à parvenir à une entente globale sur les enjeux soulevés par la concurrence dans ce secteur, les tentatives nationales, régionales et transatlantiques de régulation de la concurrence dans l'univers numérique vont rester un défi de taille dans les prochaines années.

41. Françoise Benhamou, « Quelle régulation face aux plateformes numériques? » (2018) 2018/1 *Annales des Mines - Réalités industrielles* 75 à la p 75.

42. Michael A Carrier, « Big Tech, Antitrust, and Breakup » (14 janvier 2020), en ligne : *Georgetown Journal of International Affairs* <<https://gjia.georgetown.edu/2020/01/14/big-tech-antitrust-and-breakup/>>.

43. Michael A Carrier, « Big Tech, Antitrust, and Breakup » (14 janvier 2020), en ligne : *Georgetown Journal of International Affairs* <<https://gjia.geor->

getown.edu/2020/01/14/big-tech-antitrust-and-breakup/>.

44. Joëlle Tolenado, *GAFAM : reprenons le pouvoir*, Paris, Odile Jacob, 2020. Tolenado fait une excellente analyse de ces questions nouvelles dans le cadre des débats au sein de l'Union européenne en ce qui concerne l'application de la politique de la concurrence.

45. Eleanor M Fox et Harry First, « We Need Rules to Rein in Big Tech » (2020) *New York University School of Law*, Document de travail n° 20-46, en ligne : *SSRN* <<https://ssrn.com/abstract=3724595>>.

Les enjeux de l'après-pandémie comme les questions sociales et environnementales constituent un nouveau défi en matière de régulation internationale de la concurrence. La pandémie a soulevé des enjeux de droits de propriété intellectuelle et de distribution des vaccins qui sont liés à la concurrence. Les enjeux de développement durable sont aussi des éléments importants à articuler avec les règles sur la concurrence. La régulation en matière de concurrence tient compte des questions de concurrence et d'innovation tout autant que de la protection des consommateurs, et force est de constater que les dimensions sociale et environnementale ne sont pas très importantes dans ce domaine de la coopération.

L'OMC peut toujours innover. C'est notamment le cas avec l'*Accord sur les subventions à la pêche* qui établit un cadre innovant. Sans être révolutionnaire, il indique néanmoins des pistes pour une meilleure articulation entre *concurrence internationale* et *enjeux de politiques publiques*. Il s'agit là d'un troisième défi, celui d'articuler les questions de concurrence à l'échelle internationale avec des enjeux de politiques publiques en matière de développement durable⁴⁷.

Conclusion

Si l'OMC souhaite jouer un rôle central dans le futur, elle doit participer aux débats théoriques et pratiques autour du concept de concurrence et poursuivre cette réflexion structurante. Répondre à ce défi est d'autant plus complexe que les États sont de plus en plus impliqués dans des interventions économiques affectant la rivalité internationale pour les parts de marché, la gestion de la pandémie et la guerre en Ukraine. Ils déploient ainsi, souvent unilatéralement, des réponses qui prennent la forme de réglementations, de subventions, de conditionnalités diverses visant des objectifs de plus en plus liés à des modèles économiques fondés sur des valeurs différentes. D'où la question : qu'est-ce qu'une économie de marché et quels en sont les principes organisateurs en matière de concurrence? Et ceci dans le cadre des transitions écologiques et numériques qui nécessitent des interventions pouvant avoir des effets anticoncurrentiels.

L'adoption d'une approche antitrust mondiale qui contraindrait à la fois les entreprises et les États demeure un exercice impossible à accomplir, en raison notamment de la crainte d'une perte de souveraineté par les États et de la crainte connexe que les négociations mondiales aboutissent inévitablement à des principes issus de compromis entre des intérêts divergents qui pourraient désavantager les entreprises nationales. Aussi, les problèmes de concurrence évoluent. Non seulement les changements technologiques mettent au défi les principes qui fondent les politiques de la concurrence et leur application, mais la multiplication des interventions étatiques soulève la question fondamentale de la nature même d'une économie de marché et des principes organisateurs.

Devant les diverses trajectoires de régulation de la concurrence, l'OMC semble perdre sa pertinence ou ne pas être capable de la justifier et de s'imposer sur cet enjeu pourtant central à son fonctionnement. Mais elle peut aussi trouver sa place dans une régulation mondiale décentralisée de la concurrence. Pour ce faire, l'OMC devra s'inscrire agilement dans un réseau interinstitutionnel d'organisations (OCDE, RIC, CNUCED), suivre plus activement les accords commerciaux et leurs effets dans le domaine et s'attaquer, d'une part, à la concentration dans le secteur du numérique et, d'autre part, à la question de la définition de ce qu'est une économie de marché et des formes et régulations de ses dynamiques concurrentielles qui doivent s'adapter aux changements structurels et écologiques actuels.

⁴⁶. Commission européenne, « Conseil du commerce et des technologies UE-États-Unis », en ligne : *Commission européenne* <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-us-trade-and-technology-council_fr>.

⁴⁷. Bernard Hoekman, Petros C Mavroidis et Sunayana Sasmal, « Managing Externalities in the WTO: The Agreement on Fisheries Subsidies » (2023) 26:2 *J Intl Econ* L 266.

