Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

06-Mar-2013

Français - Or. Anglais

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

DAF/COMP/GF(2013)4
Non classifié

Forum mondial sur la concurrence

CONCURRENCE ET RÉDUCTION DE LA PAUVRETÉ

Contribution de Mme Eleanor Fox

-- Session I --

Cette contribution est soumise par Mme Eleanor Fox (professeur titulaire de la chaire Walter J. Derenberg de Réglementation des échanges commerciaux, Faculté de droit de l'Université de New York, États-Unis) au titre de la session I du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 28 février et 1er mars 2013.

JT03335806

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Français - Or. Anglais

IMAGINER UN DROIT DE LA CONCURRENCE FAVORABLE AUX (PLUS) PAUVRES

-- Contribution de Mme Eleanor M. Fox* --

1. Introduction

1. Quel regard porterions-nous sur le droit de la concurrence si nous nous placions du point de vue des personnes à faible revenu, de ceux qui n'ont ni relations, ni pouvoir ? Quelles priorités nous fixerions-nous alors ? C'est à cette question que je vais tenter de répondre.

2. Cette note s'articule en trois parties. La première pose le contexte en nous plaçant sous l'angle de l'aide à apporter aux populations à faible revenu et aux exclus. Elle observe que le droit et la politique de la concurrence forment l'un des maillons d'une chaîne dont tous les composants sont nécessaires pour aider les plus démunis à devenir autonomes.

3. La deuxième partie tente de déterminer ce que le droit de la concurrence doit apporter pour être favorable aux plus pauvres et aux exclus. À cet égard, elle étudie le champ d'application qu'il couvre, actions de l'État comprises. Cette réflexion est utile à toutes les populations – riches ou pauvres, mais elle est particulièrement cruciale pour les exclus car, en l'absence d'un dispositif approprié, les portes du marché risqueraient de leur rester hermétiquement fermées. Cette deuxième partie aborde également les questions de l'accès à la justice et de l'application des principes du droit de la concurrence.

4. La troisième partie s'intéresse à la *politique* de la concurrence, par opposition au droit de la concurrence, et examine les priorités à fixer et les mesures à prendre afin d'aider les plus pauvres et de leur donner les moyens de s'émanciper.

5. Pour étudier la manière dont la concurrence peut aider les pauvres, la présente note se place du point de vue des populations pauvres des pays à faible revenu et à revenu intermédiaire de la tranche inférieure – autrement dit les plus pauvres –, et non du point de vue des populations à faible revenu tous pays confondus.

2. Un droit et une politique de la concurrence en faveur des plus pauvres

2.1 Le concept

6. Pourquoi les « plus » pauvres ? Je ne cherche pas ici à savoir comment faire pour placer les biens et services de consommation qui sont les plus essentiels pour les pauvres au cœur du droit de la concurrence et des priorités d'action des autorités qui le mettent en œuvre. Je m'intéresse à un défi d'une autre ampleur, celui de créer un nouvel environnement, un régime de concurrence qui soit plus favorable aux populations dépourvues de pouvoir qu'à celles dotées à la fois de pouvoir et de relations, plus favorable aux exclus qu'à ceux qui ne le sont pas, notamment lorsque ces derniers bénéficient depuis longtemps de nombreux privilèges. Si j'appréhende ce sujet sous l'angle des mesures à prendre en faveur des « plus » pauvres, c'est parce que les solutions proposées ne s'adressent pas à une catégorie de

* Note préparée par Mme Eleanor M. Fox, de la Faculté de droit de l'Université de New York.

population qui serait constituée « des pauvres » dans l'absolu. Il n'y a pas un droit de la concurrence pour les riches (les populations nanties, autonomes) et un droit de la concurrence pour les pauvres.

7. L'exercice ne consiste pas seulement à exploiter toutes les possibilités offertes par la concurrence. Si nous souhaitons véritablement réduire la pauvreté, nous devons considérer le marché comme l'un des quelques dispositifs et domaines d'action dont l'efficacité est indispensable pour donner aux populations démunies les moyens de se prendre en charge. En font aussi notamment partie l'éducation, la santé, les infrastructures, les perspectives d'emploi et l'accès aux capitaux, indispensable pour financer les bonnes idées, le tout dans un contexte de bonne gouvernance qui ne soit pas gangrené par la corruption. L'édifice sur lequel repose l'égalité des chances, la participation à l'économie et, au bout du compte, la croissance se construit pierre à pierre. Si toutes ces composantes sont réunies, le système dans son ensemble peut améliorer le sort de ceux qui vivent dans la pauvreté, autrement dit la moitié de la population mondiale.[1] L'effet conjugué des efforts déployés peut aider à combler l'écart.[2]

8. L'OCDE a consacré des travaux de recherche et de sensibilisation très utiles au problème de la marginalisation des pauvres et à la nécessité d'élaborer des solutions dans une variété de domaines interdépendants. Ainsi peut-on lire dans la monographie de l'OCDE intitulée « Vers une croissance pro-pauvres »[3] :

> **« Pour être rapide et soutenue, la réduction de la pauvreté doit s'appuyer sur une croissance pro-pauvres, c'est-à-dire une croissance dont le rythme et les modalités améliorent l'aptitude des pauvres, hommes et femmes, à participer à l'activité économique et à en tirer avantage. » […]**
>
> « iv) **La vulnérabilité des pauvres face au risque et l'absence de protection sociale réduisent le rythme de la croissance et sa contribution au recul de la pauvreté**. Les pauvres évitent souvent les options risquées, même si elles peuvent être plus payantes, en raison de leur vulnérabilité. En outre, la victoire sur la pauvreté ne doit jamais être regardée comme acquise : beaucoup de ceux qui réussissent à s'en sortir retombent dans la pauvreté parce que des chocs dus à la main de l'homme ou à des catastrophes naturelles provoquent une dégradation des actifs mêmes dont ils ont besoin pour échapper à la pauvreté. Des mesures de prévention, d'atténuation et de correction des facteurs de risque et de vulnérabilité […] sont de nature à améliorer à la fois la structure et le rythme de la croissance et constituent un investissement efficace par rapport à son coût pour l'instauration d'une croissance pro-pauvres.
>
> v) **Il faut traiter les causes des défaillances des marchés et en améliorer l'accès. Le bon fonctionnement des marchés est important pour instaurer une croissance pro-pauvres**. Les défaillances des marchés nuisent de façon disproportionnée aux pauvres qui se trouvent souvent dans un rapport de forces défavorable sur les marchés. Les pouvoirs publics doivent s'appliquer à améliorer le fonctionnement des marchés dont dépend la survie des pauvres. […] Les politiques destinées à remédier aux défaillances des marchés doivent être accompagnées de dispositions visant à améliorer la capacité des pauvres d'exercer une activité économique. »[4]

---

1 Près de 50 % de la population mondiale vit avec moins de 2.50 USD par jour. Global Issues, *The Human Development Report (2012)*. Voir www.globalissues.org/article/26/poverty-facts-and-stats.

2 Voir Michal Gal, « The Ecology of Antitrust: Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries » *in COMPETITION, COMPETITIVENESS AND DEVELOPMENT* (Brusick *et al.*, dir. pub. 2004), p. 20.

3 « Vers une croissance pro-pauvres », Messages clés (OCDE 2006).

4 La monographie poursuit en ces termes : « *En matière de lutte contre la pauvreté, la notion de dichotomie entre les divers domaines d'intervention des pouvoirs publics ne s'applique pas… »*

9. Par l'intermédiaire des travaux de son Comité d'aide au développement (CAD) et de son Réseau sur la réduction de la pauvreté (POVNET), l'OCDE a analysé et recommandé des pratiques exemplaires pour divers domaines d'action interdépendants, comme l'agriculture (qui emploie 50 à 80 % des actifs et représente une part importante du PIB de bon nombre des pays les plus pauvres) ; les infrastructures – le logement et les infrastructures d'accès au marché – ; les technologies de l'information et de la communication ; l'électricité, l'eau et les autres formes d'énergie ; les transports (y compris internationaux) ; la protection sociale et l'emploi ; l'éducation et la formation professionnelle ; la sécurité alimentaire et la nutrition ; l'émancipation économique et, enfin, le développement du secteur privé, y compris en matière de politique de la concurrence afin de lutter contre les restrictions de concurrence dues aux agissements d'acteurs publics ou privés.[5]

10. Les documents publiés par l'OCDE et le CAD mettent en relief les points d'interaction de ces différents domaines, la nécessité de mener une politique cohérente et l'importance d'œuvrer simultanément sur tous les fronts, non seulement pour remédier à la pauvreté, mais aussi pour réformer la société entière lorsque cette dernière ferme les yeux sur cette pauvreté et tolère que l'écart de revenus se creuse, sans qu'il y ait de mobilité possible.[6] D'autres auteurs démontrent par ailleurs qu'il est impératif de mener des actions cohérentes qui favorisent une croissance solidaire pour réduire la pauvreté et générer un développement économique durable.[7]

11. Tous ces éléments nous invitent à esquisser les grandes lignes d'un droit et d'une politique de la concurrence favorables aux plus pauvres et aux exclus et, à tout le moins, à confronter ce projet aux autres solutions à notre disposition. La question à laquelle nous allons tenter de répondre est la suivante : quelles seraient donc ces grandes lignes ?

« i) **Les mesures destinées à agir sur chacun des multiples aspects de la pauvreté doivent aller de pair**. La pauvreté a de multiples facettes. La croissance sera d'autant plus pro-pauvres que des avancées seront obtenues sur des fronts autres que la dimension monétaire de la pauvreté. Des politiques plus efficaces nécessitent une meilleure compréhension de ces interactions. Croire qu'il y a dichotomie (entre politiques économiques et politiques sociales, par exemple) risque de conduire à l'erreur. Le rythme et la structure de la croissance sont influencés par des facteurs très divers et ont des conséquences dans tout un éventail de domaines, et tous ces éléments se nourrissent (ou s'affaiblissent) les uns les autres. Les progrès accomplis sur le front de l'objectif du millénaire pour le développement (OMD) relatif à la pauvreté monétaire facilitent les progrès concernant d'autres OMD et *vice versa*. »

5 Qu'ils soient le fait d'acteurs publics ou privés, les agissements qui restreignent la concurrence portent généralement un préjudice disproportionné aux pauvres. Faciliter le jeu de la concurrence sur un marché ouvert peut être très favorable à la croissance pro-pauvres. Voir « Vers une croissance pro-pauvres – Le développement du secteur privé » (OCDE, 2006), pp. 38-41.

6 Voir P. Collier, *THE BOTTOM BILLION: WHY THE POOREST COUNTRIES ARE FAILING AND WHAT CAN BE DONE ABOUT IT* (2008), qui explique comment la société se met en danger en négligeant le milliard d'individus les plus pauvres, le « *bottom billion* », et en laissant couver une pauvreté et une exclusion extrêmes.

7 Voir *WHY NATIONS FAIL* (2012), dans lequel Daron Acemoglu et James Robinson démontrent à l'aide d'éléments probants recueillis à travers les pays et les époques que seuls les régimes favorables à la solidarité et qui agissent contre l'exclusion engendrent une croissance durable. Celle-ci ne peut en effet être engendrée que dans les sociétés dotées d'institutions porteuses d'autonomie et de légitimité et non dans les sociétés ne servant les intérêts que d'une petite élite qui s'arroge le monopole de la richesse et s'échange des privilèges. Voir aussi Collier, note 6 *supra* et le *RAPPORT SUR LA CROISSANCE* de la Banque mondiale (Michael Spence, Président de la Commission pour la croissance et le développement, 2006).

2.2 À quels impératifs le droit et la politique de la concurrence doivent-ils répondre pour être favorables aux plus pauvres et aux exclus ?

12. Pour répondre aux besoins des plus pauvres, le droit et la politique de la concurrence doivent, au-delà de leurs missions classiques, viser comme objectif prioritaire la lutte contre les restrictions qui sont avant tout préjudiciables aux pauvres, à savoir les ententes portant sur les biens et services de première nécessité et les infrastructures, à savoir les ententes sur le pain, le lait, le sucre, le maïs (ou les tortillas), le ciment, la construction de logements et de voies rapides et la santé. Il est crucial de fixer des priorités et de veiller à ce que les progrès réalisés bénéficient aux populations dans le besoin. Ce sujet a été abordé lors de la réunion du Forum latino-américain sur la concurrence qui s'est tenue à Saint-Domingue en septembre 2012. Plusieurs contributions au présent forum mentionnent elles aussi en détail des exemples très convaincants illustrant plusieurs priorités d'action favorables aux pauvres. Dans la présente note, je m'attache à un autre aspect de la question en explorant une tout autre perspective.

13. Je m'inscris dans une vision dynamique du problème : comment et sous quel angle concevoir le droit et la politique de la concurrence pour qu'ils soient favorables aux plus pauvres ? Il existe deux catégories de pauvres que l'on pourrait cibler : les populations des pays en développement à (plus) faible revenu d'une part et les populations les plus démunies de tous les pays d'autre part. Je ne m'intéresse ici qu'à la première catégorie. Nombre des enseignements qui s'y appliquent sont également valables pour la seconde.

14. Mes observations s'articulent autour de trois axes : 1) Le champ d'application et les contours du droit de la concurrence. À cet égard, je m'intéresse particulièrement à la couverture par ce droit de certaines pratiques anticoncurrentielles de l'État, aux exemptions et aux mécanismes de procédure assurant que les plus pauvres/les exclus lésés par des comportements anticoncurrentiels soient protégés non seulement par la loi, mais aussi dans les faits. 2) La formulation des principes et règles de fond. Existe-t-il une formulation favorable aux exclus ? 3) La promotion de la concurrence.

15. Avant d'aborder ces questions, il est utile de rappeler que les mesures prises par les autorités de la concurrence des pays en développement sont une source d'enseignements. D'après mon expérience, l'une de leurs principales priorités est de lutter contre la pauvreté dans leur pays respectif et d'y améliorer la situation des plus pauvres, à la fois en y supprimant certains obstacles évidents qui bloquent l'accès à des opportunités économiques et en y faisant baisser le prix des biens et services essentiels. Les autorités de la concurrence cherchent à réaliser les projets les plus susceptibles d'œuvrer en ce sens. Elles constatent souvent que les comportements liés à des pratiques de l'État ou à des pratiques des élites du secteur public comme de celles du secteur privé sont les plus préjudiciables. Les infractions auxquelles elles sont confrontées ne sont pas toujours des infractions « classiques » au droit de la concurrence. Elles peuvent en effet s'en écarter légèrement, par exemple lorsque l'État est l'un des principaux coupables. Les autorités de la concurrence font alors ce qui est en leur pouvoir pour remédier à la situation.

16. Ainsi, au Kenya, où 43 % de la population vit sous le seuil de pauvreté, une loi octroyait à une entreprise publique le monopole de la production d'un composant majeur de pesticides. La commission de la concurrence a suscité la mobilisation nécessaire pour la faire abroger après avoir jugé qu'elle portait atteinte aux millions de paysans pauvres du pays.[8] En Tanzanie, la commission de la concurrence a dû affronter une campagne de presse des principaux producteurs de ciment, qui réclamaient l'imposition de droits de 35 % sur les importations de ce matériau de construction, sous couvert de préserver des emplois tanzaniens. Cette mesure aurait empêché les achats de ciment moins cher et de meilleure qualité en provenance du Pakistan et d'Inde. La commission a réussi à faire échec à cette campagne en faisant savoir combien ces droits d'importation auraient coûté – en termes de prix, d'emploi, et d'opportunités

[8] Comme l'a expliqué M. Francis W. Kariuki, Directeur général de l'Autorité de la concurrence du Kenya.

économiques – aux personnes travaillant dans les secteurs de la construction routière et du bâtiment,.[9] En Afrique de l'Ouest, l'autorité de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) a découvert que le producteur d'huile de friture en situation de monopole au Sénégal avait œuvré pour que les pouvoirs publics prennent des mesures interdisant l'importation d'huile de palme en provenance de Côte d'Ivoire. Cette autorité de la concurrence a imposé au Sénégal d'annuler ses mesures restrictives. Au Togo cette fois, les autorités publiques avaient conclu un accord avec une société de transport privée accordant des avantages tels à cette dernière qu'ils empêchaient en pratique les concurrents d'exercer une activité dans le pays. L'autorité de la concurrence de l'UEMOA a demandé au gouvernement togolais d'annuler l'accord, ce qu'il a fait.[10]

3. Quelles sont les implications, du point de vue du droit de la concurrence, d'une façon de voir favorable aux plus pauvres et aux exclus ?

17. Après avoir rappelé le contexte, je reviens aux questions que j'ai évoquées plus haut en proposant quelques pistes à étudier.

3.1 Postulat de départ

18. Un droit de la concurrence favorable aux plus pauvres et aux exclus attache de l'importance à la liberté et à l'ouverture du marché sans accorder ni privilèges ni faveurs. C'est le cas de toute forme de droit et de politique de la concurrence, me direz-vous, mais cet aspect est particulièrement essentiel pour ceux dépourvus de pouvoir. Fermer les voies d'accès au marché en privilégiant certains acteurs porte avant tout atteinte aux exclus.

3.2 Champ d'application du droit de la concurrence : s'applique-t-il à l'État ?

19. On a bien souvent constaté que des actions de l'État indûment anticoncurrentielles[11] portent davantage atteinte à la concurrence et sapent davantage les opportunités économiques que les comportements anticoncurrentiels d'acteurs privés, car aucun rival plus performant n'est en mesure d'affaiblir la puissance publique. C'est dans les pays les plus pauvres minés par le clientélisme et l'omniprésence de l'État sur le marché que des franges entières de la population sont les plus susceptibles d'être exclues du système ; les bonnes idées que ces pays ont pu avoir pour améliorer le marché sont restées lettre morte.

20. Je termine actuellement un projet de recherche avec Mme Deborah Healey, de la Faculté de droit de l'Université de Nouvelle-Galles du Sud, sous les auspices de la Plateforme de la CNUCED pour des partenariats dans la recherche. Notre objectif est de savoir dans quelle mesure les législations nationales couvrent certaines actions anticoncurrentielles de l'État et certains agissements anticoncurrentiels impliquant des acteurs publics et privés. Nous avons recensé un nombre surprenant de pays dont le droit de la concurrence ne s'applique pas seulement aux contrevenants du secteur privé. Lorsqu'elles existent, les dispositions adéquates du droit de la concurrence permettant de repousser toute intrusion anticoncurrentielle de l'État sont particulièrement importantes pour garantir le bien-fondé et la légitimité du droit de la concurrence dans les pays comptant d'importantes populations pauvres. Les actions de l'État

---

[9] Comme l'a relaté M. Godfrey Mkocha lorsqu'il était Directeur général de la Commission de la concurrence de Tanzanie.

[10] Comme l'a expliqué M. Amadou Dieng, Directeur de l'autorité de la concurrence de l'UEMOA.

[11] Les États doivent bien entendu avoir la liberté d'agir dans l'intérêt de leurs citoyens et bon nombre de leurs actions auront des effets secondaires néfastes sur la concurrence. Le terme « indûment » qualifie une catégorie d'actions dont les effets anticoncurrentiels sont excessifs et injustifiés. Voir note 12 *infra*.

peuvent étouffer dans l'œuf certaines opportunités économiques et c'est donc un problème qui mérite de figurer parmi les priorités.

21. Le législateur peut travailler sur plusieurs aspects du droit de la concurrence pour qu'il s'applique aux mesures et actions de l'État indûment anticoncurrentielles. Notre étude nous a permis de dresser une liste de principes normatifs énumérés ci-dessous. Les plus simples à appliquer et les plus évidents sont énoncés en premier. Les suivants sont plus difficiles à faire adopter et à mettre en œuvre.

1. Le droit de la concurrence doit couvrir les entreprises publiques.

2. Le droit de la concurrence doit couvrir les agents publics qui facilitent la formation d'une entente illicite ou les pratiques de soumission concertée en outrepassant de manière inappropriée le périmètre de leurs attributions (ce type de comportement étant particulièrement fréquent s'agissant des marchés publics).

3. Si la législation permet d'invoquer comme moyen de défense une action de l'État ou d'une collectivité locale pour justifier un comportement anticoncurrentiel privé, le recours à ce moyen de défense doit être rigoureusement encadré. Il ne doit s'appliquer ni lorsque l'action de l'État laisse à la personne privée la possibilité d'observer le droit de la concurrence, ni lorsqu'elle est frappée de nullité (par exemple, quand une autre norme prime).

4. Si la législation permet d'invoquer comme moyen de défense la représentation d'intérêts pour justifier des agissements privés visant à obtenir l'adoption d'une mesure donnée par les pouvoirs publics, le recours à ce moyen de défense doit être rigoureusement encadré. Les personnes physiques doivent disposer d'un droit de pétition, mais ce moyen de défense ne s'applique plus si les requérants ont recours à la fraude ou à la tromperie. Il faudrait en outre envisager de l'invalider s'il protège une entente entre concurrents qui serait par ailleurs illicite, étant entendu qu'en théorie [le cas échéant], il suffit de protéger intégralement le droit des individus pour préserver le droit de pétition.

5. La loi doit habiliter l'autorité de la concurrence à repérer les actions indûment anticoncurrentielles de l'État et à les contester ou à déclencher une procédure visant à les remettre en question.

6. Si le territoire concerné est un marché commun, ou s'il s'agit d'une nation au sein de laquelle les actions des États ou provinces sont soumises à un principe de primauté du droit fédéral, le droit de la concurrence, conjugué au principe de fédéralisme, doit respecter le principe de fond du droit de l'Union européenne en vertu duquel les États doivent « ne pas appliquer » les mesures allant clairement à l'encontre des règles de la concurrence. Les extraits suivants d'un arrêt de la Cour européenne de justice présentent le principe en vertu duquel l'Italie a été contrainte de ne pas appliquer une loi qui créait une entente dans la fabrication d'allumettes et attribuait aux producteurs italiens des responsabilités à cet égard :[12]

> [45] […][S]'il est vrai que, par eux-mêmes, les articles [101 et 102 TFUE (qui proscrivent les accords portant atteinte à la concurrence et l'abus de position dominante)] concernent

[12] Il est nécessaire de définir plus précisément ce qu'est une action indûment anticoncurrentielle de l'État. On pourrait par exemple commencer par une loi – à ne plus appliquer – qui va à l'encontre de la concurrence elle-même, sans être justifiée par des préoccupations d'intérêt général (en cas de crise par exemple). C'est le cas notamment de la loi italienne ayant instauré l'entente au sein du secteur des allumettes dans l'affaire sur laquelle portent les extraits ci-dessus.

uniquement le comportement des entreprises et ne visent pas des mesures législatives ou réglementaires émanant des États membres, il n'en reste pas moins que ces articles, lus en combinaison avec l'article [4 TUE], qui instaure un devoir de coopération [pour les États membres], imposent aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises.

46 La Cour a notamment jugé qu'il y a violation des articles [4 TUE et 101 TFUE] lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article [101 TFUE] ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique.

47 Au demeurant, depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le traité […] prévoit expressément que, dans le cadre de leur politique économique, l'action des États membres doit respecter le principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre […]

49 Ce devoir de laisser inappliquée une législation nationale contraire au droit communautaire incombe non seulement aux juridictions nationales, mais également à tous les organes de l'État, en ce compris les autorités administratives, ce qui implique, le cas échéant, l'obligation de prendre toutes dispositions pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire. [13]

22. Si les six principes énoncés ci-dessus pouvaient être adoptés et mis en œuvre, le droit de la concurrence serait bien plus favorable aux plus pauvres et, partant, à tous.

3.3 Exemptions et autres mesures dérogatoires

23. Un droit de la concurrence favorable aux plus pauvres limiterait au maximum les dérogations dont peuvent bénéficier l'agriculture, la banque et d'autres secteurs réglementés, la propriété intellectuelle et (comme on l'a vu plus haut) les agissements de l'État.

24. Dans nombre de pays pauvres en développement, plus de la moitié de la population travaille dans le secteur de l'agriculture. Ces populations ont besoin, comme producteurs et comme consommateurs, d'un marché concurrentiel des produits agricoles. Les agriculteurs ont besoin de se procurer des biens de production à des prix concurrentiels alors qu'ils sont parfois continuellement exploités par de grandes entreprises de l'agro-industrie ou des acheteurs multinationaux. Même si toute forme d'exploitation n'est pas en soi illégale – et qu'il n'y a pas lieu de la considérer comme telle –, l'application d'une exemption à caractère général à l'agriculture pénaliserait les agriculteurs de ces pays en les marginalisant.[14]

---

13 La Cour européenne poursuit :

50 Dès lors qu'une autorité nationale de la concurrence telle que l'Autorité est investie de la mission de veiller, notamment, au respect de l'article [101 TFUE] et que cette disposition, combinée avec l'article [4 TUE], impose un devoir d'abstention à la charge des États membres, l'effet utile des règles communautaires de la concurrence serait amoindri si […] ladite autorité ne pouvait pas constater qu'une mesure nationale est contraire aux dispositions combinées des articles [4 TUE] et [101 TFUE] et si, en conséquence, elle ne la laissait pas inappliquée.

Consorzio Industrie Fiammiferi contre Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Affaire C-198/01, [2003] Recueil p. I-8055.

14 Cela étant l'instauration d'une disposition autorisant certaines formes de coopératives de petits exploitants agricoles peut avoir un impact important.

25. Les dérogations applicables aux banques peuvent être, elles aussi, gravement préjudiciables. Il est notoire que dans les pays en développement dont les habitants sont très massivement pauvres et dont les élites représentent un faible pourcentage de la population, les personnes dénuées de relations mais avec du talent et de bonnes idées n'ont pas accès à des prêts d'entreprise. À cela s'ajoute les lois des États sur la propriété, qui ont une incidence sur la valeur des garanties et qui exposent donc les entrepreneurs pauvres à un risque ; or, par nature, les banques évitent le risque. Pour ménager des possibilités d'accès au capitaux, il est indispensable de réformer le droit de la concurrence et les dispositions législatives en faveur d'une réduction de la pauvreté. En outre, exempter le secteur bancaire de l'application du droit de la concurrence revient à laisser à un régulateur généralement captif le champ de la réglementation, ce qui peut encore accentuer la monopolisation et la marginalisation.

26. La difficulté posée par les secteurs réglementés en général est une gageure. Tous les pays doivent arbitrer entre réglementation sectorielle et droit de la concurrence. Les décisions en la matière ne sont pas toujours faciles car la superposition de pouvoirs exige des ressources et a un prix. Il n'en demeure pas moins que se dispenser d'une autorité de la concurrence peut faire le jeu d'un régulateur captif. Si, au Mexique, par exemple, COFETEL, le régulateur du secteur des télécommunications, avait détenu à lui seul toute la compétence à l'égard du géant Telmex/Telcel, la population n'aurait jamais bénéficié de la diminution par deux du prix des téléphones portables qui a fait suite au règlement d'une affaire d'abus de position monopolistique.[15]

27. Dans certains pays, la propriété intellectuelle n'est pas couverte par le droit de la concurrence. Cette exemption, loin d'être généralisée, ne s'applique toutefois généralement pas à l'utilisation abusive des DPI. Une exemption intégrale peut être particulièrement préjudiciable pour les pays pauvres dont les populations souffrent de maladies dont le traitement nécessite des médicaments extrêmement coûteux. L'aptitude des autorités de la concurrence à prévenir les pratiques abusives à l'origine d'une envolée des prix de ces produits est donc essentielle pour les pauvres.

28. De la même manière, les technologies modernes, notamment celles utilisées dans les ordinateurs et les *smart phones*, intègrent une part importante de propriété intellectuelle. Or les franges les plus pauvres de la population ont désespérément besoin d'être connectées, d'avoir accès aux technologies de l'information et de la communication pour avoir accès à des possibilités d'entreprendre dans leur pays et dans le monde. Maintenir les technologies modernes dans le champ d'application du droit de la concurrence est donc essentiel pour agir en faveur des pauvres.

29. Le concept d'extraterritorialité – Le droit interne des différents pays couvre-t-il les agissements extraterritoriaux qui portent préjudice à leur population ? Il importe tout particulièrement que le droit de la concurrence des pays en développement couvre ces comportements. On peut citer, parmi les nombreux exemples mettant en relief l'importance de la compétence extraterritoriale, l'entente mondiale sur les vitamines, l'entente entre entreprises de fret et l'entente sur le fioul, ainsi que les ententes sur les exportations de potasse conclues entre producteurs canadiens et russes. Toutes ces ententes ont gravement lésé les habitants des pays en développement.

30. L'entente de la potasse porte en outre atteinte à l'économie des pays en développement et sape, pour les pays pauvres, les perspectives de jouer un rôle dans l'économie mondiale. Cette entente constitue un exemple tristement célère de préjudice face auquel les victimes les plus vulnérables sont sans recours si le droit de leur pays ne couvre pas les actes extraterritoriaux. La potasse est un ingrédient majeur des engrais qui représentent une part importante du coût des récoltes. Lorsque les agriculteurs d'Afrique sub-saharienne paient un prix monopolitistique pour cet intrant, des dizaines de milliers d'entre eux ne peuvent

[15] Voir http://cfc.gob.mx/images/stories/Publicaciones/CFC%2010-2012.pdf.

produire de récoltes de manière rentable ; leurs familles peuvent mourir de faim et des entreprises qui devraient théoriquement prospérer s'en trouvent paralysées.[16]

3.4 Procédure

31. Les populations les plus pauvres lésées par des pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles obtenir justice ? Généralement non. Le système joue en général en leur défaveur. Dans les pays pauvres dirigés par des personnes davantage dotées des bonnes connexions que de mérites personnels en particulier, les pauvres n'ont pas accès à la justice.

32. S'agissant des atteintes à la concurrence, cela signifie qu'il importe particulièrement de donner aux pauvres accès à des voies de recours. Les deux voies de recours existantes sont celles de l'action publique engagée au nom des victimes et celles des actions privées que les parties lésées intentent elles-mêmes ou qui sont engagées en leur nom. Dans certain pays, l'autorité de la concurrence est chargée de d'obtenir des réparations monétaires pour les redistribuer aux victimes, mais cela n'a rien d'habituel. De nombreux pays autorisent les actions privées, mais certains uniquement si la procédure lancée par l'autorité de la concurrence aboutit. Dans de nombreux pays qui sont sous la coupe d'un gouvernement autocratique ou qui manquent simplement de ressources ou encore qui ne sont pas de taille à affronter des contrevenants puissants, l'autorité de la concurrence s'abstient de porter devant les tribunaux des affaires sur lesquelles la justice devrait se prononcer. Dans de nombreux pays, aucune disposition ne prévoit la possibilité d'intenter des actions de groupe ou des actions collectives ou pour les avocats de toucher des honoraires conditionnels. Dans certains pays, la charge de la preuve de l'infraction, mais aussi de la causalité et du préjudice est particulièrement lourde pour ceux à qui elle incombe.

33. Pour aider les victimes pauvres et les autres parties lésées pour lesquelles les frais de justice sont supérieurs au préjudice subi, les pays peuvent mettre en place des mécanismes pour pousser à l'action ceux qui pourraient engager des procédures en leur nom. Cela suppose de donner la possibilité d'intenter des actions de groupe ou des actions collectives, même si l'on sait assurément que le recours à ce type d'actions est parfois abusif. Le débat européen à ce sujet a mis en évidence de nombreuses solutions pour éviter cet écueil.

3.5 Formulation et application de la loi

34. Existe-t-il une manière favorable aux plus pauvres et aux exclus d'appréhender le droit de la concurrence ?

35. Il existe des principes et des façons de voir qui servent plus qu'elles ne desservent les intérêts des pauvres. Je pars ici du principe que nous souhaitons tous que les marchés soient solides, efficients et dynamiques et que leurs acteurs soient innovants. Une telle orientation du marché est bonne pour les pauvres et les exclus du système. Théoriquement, la concurrence bénéficie en effet souvent davantage aux exclus qu'à ceux qui ne le sont pas, ceux-ci ne bénéficiant pas d'un régime de faveur particulier. C'est dans ce contexte que j'ai inscrit ma réflexion sur l'application de principes du droit de la concurrence favorables aux pauvres/aux exclus.

---

[16] Concernant l'impact de l'entente de la potasse en Inde, voir Frédéric Jenny, Global potash trade and competition, The Economic Times, 25 novembre 2010.

36. J'ai recensé ci-dessous huit domaines ou thématiques pour lesquels il est possible d'adopter une manière de voir favorable aux pauvres/aux exclus qui soit en outre compatible avec l'objectif visé d'un meilleur fonctionnement des marchés :

1. *Les remises*. Les plus pauvres ont besoin de biens et de services à moindre prix. La liberté dont les vendeurs disposent de pratiquer des remises est donc importante et elle est, à l'évidence, efficiente. Les entreprises privées sont souvent tentées de mettre un terme à cette pratique, même en l'absence d'ententes injustifiables, parfois au prétexte de préserver un certain niveau de professionnalisme (honoraires minimum pour les ingénieurs, les médecins ou les dentistes) ou de se prémunir contre le parasitisme. L'adoption d'une façon de voir favorable aux pauvres donnerait du poids à cette liberté.

2. *Les choix de définition du marché*. La définition du marché est une construction mentale. Ce concept peut nous aider à comprendre si un contrevenant putatif détient un pouvoir de marché. Il existe généralement deux bonnes manières ou plus de définir « le marché ». Dans deux affaires notamment, le tribunal de la concurrence sud-africain s'est trouvé confronté à ce problème alors même que l'intérêt des populations pauvres était en jeu. Dans une affaire, une définition plus étroite du marché en cause aurait pour effet de protéger les pauvres d'un amoindrissement de la concurrence, concurrence dont ils étaient dépendants puisqu'elle était pratiquée par une enseigne de magasins de meubles octroyant des prêts à bas prix. Dans une autre affaire, la définition plus étroite du marché aurait pour effet d'assurer la pérennité d'un créneau porteur, celui des polices d'assurance santé à moindre prix et de donner ainsi la possibilité à une multitude de pauvres d'avoir pour la première fois accès à une couverture santé (dans le cadre d'une gestion coordonnée des soins par capitation). Dans ces deux affaires, le tribunal a tranché en faveur de la solution susceptible d'aider le plus la population pauvre (dans l'affaire de l'assurance santé, la décision rendue a été invalidée.)[17]

3. *Les violations liées à la puissance de marché, aux pratiques d'éviction et à l'accès au marché*. Dans de nombreuses affaires, notamment celles portant sur des abus de position dominante, l'instance qui rend la décision est confrontée au choix suivant : faut-il renforcer l'accès aux marché de ceux qui sont dénués de pouvoir ou accorder davantage de liberté aux entreprises en position de pouvoir ? Ce choix s'est posé aux autorités qui ont rendu des décisions, aux États-Unis et dans l'Union européenne, dans les affaires *Microsoft* et *Intel*. La liberté d'accès au marché ou la liberté de pouvoir disputer loyalement des marchés et de ne pas être évincé de segments importants du marché par une entreprise en position dominante exerçant sa puissance est un principe généralement favorable aux personnes privées de pouvoir.[18]

---

17 Voir David Lewis, *Thieves at the Dinner Table: Enforcing the Competition Act* (2012), pp. 100 à 112, qui décrit les affaires *J.D. Group/Ellerine department store* et *Prime Cure/Medicross*.

18 Chaque affaire s'inscrit dans un contexte qui lui est propre et une question de fond se pose concernant le statut du droit de la concurrence de tel ou tel pays. Dans les années 80, le droit américain de la concurrence a ainsi été recalibré à juste titre en faveur de la liberté d'action des entreprises, car le droit était allé trop loin en interdisant des opérations qui n'auraient pas pu porter atteinte à la concurrence, voire auraient pu être efficientes.

4. *Évictions d'un concurrent « efficient ».* Une récente règle de droit applicable à des pratiques telles que celle des remises de fidélité impose d'établir la preuve que les concurrents évincés étaient tout aussi efficients, faute de quoi, de l'avis général, la loi protègerait des concurrents inefficients. Cette obligation peut ne pas être indiquée dans les pays pauvres où des monopoles bien établis dominent le marché. Les programmes de fidélité sont souvent, sinon habituellement, mis au point par des entreprises en position dominante confrontées à la concurrence d'une seule entreprise innovante afin d'écarter ce rival, les coûts encourus par celui-ci étant généralement plus élevés. Or dans les pays en développement, l'entreprise dominante n'est presque jamais confrontée à un concurrent aussi efficient qu'elle.[19] En outre, les concurrents éventuels ont souvent du mal à entrer ou à revenir sur le marché. De surcroît, il n'existe guère, dans ces pays, de marchés financiers concurrentiels et il est peu probable qu'un nouveau concurrent soit tapi à attendre son heure. Dans ce contexte, une approche plus ancienne mise en œuvre aux États-Unis, selon laquelle les défendeurs peuvent faire valoir que ce sont les inaptitudes du plaignant lui-même qui ont été à l'origine du préjudice subi par celui-ci, pourrait représenter une règle de droit qui conviendrait peut-être mieux.

5. *Prix excessifs* appliqués par des entreprises de pays qui en interdisent la pratique. Dans les pays pauvres qui n'ont guère de ressources pour faire respecter le droit de la concurrence, l'application de règles relativement simples peut être indispensable pour que l'action répressive y soit efficace. Dans certaines affaires et certaines circonstances, une règle simple venant pallier le manque de ressources est parfois applicable. Sans cette règle, les infractions seraient pratiquement impossibles à prouver. Pour être réaliste, il faut donc choisir entre l'application d'une règle simple ou la tolérance face aux infractions. Dans l'affaire *Mittal* en Afrique du Sud,[20] le groupe Mittal, qui a succédé, dans le secteur de l'acier, à ISCOR, l'entreprise publique historiquement privilégiée, était le seul producteur d'acier important du pays. Mittal était en position « super-dominante ». Le groupe vendait aux fabricants sud-africains de l'acier au prix de parité à l'importation, pesant ainsi sur leur compétitivité sur les marchés mondiaux, tout en vendant son acier exporté au prix bien moins élevé pratiqué au niveau international. Mittal réservait à l'exportation d'importantes quantités de son acier tout en empêchant la vente d'« acier destiné à l'exportation » sur le marché sud-africain. Le tribunal de la concurrence a fait valoir que les faits susmentionnés constituaient une pratique illégale de prix excessifs en Afrique du Sud. Il a rendu cette décision dans un contexte où une mesure corrective, consistant à interdire d'empêcher la vente, en Afrique du Sud, d'acier destiné à l'exportation, pouvait être imposée sans difficulté à Mittal. La cour d'appel a annulé cette décision, en raison de la formulation particulière de la législation et a fait valoir que le plaignant devait prouver que les prix pratiqués dans le pays étaient manifestement excessifs, tout en déclarant néanmoins que les faits évoqués ci-dessus étaient suffisants pour faire basculer sur le défendeur la charge de produire des preuves. La règle assez souple découlant de cette décision aurait néanmoins permis, si elle n'avait pas été invalidée, de dénouer plus facilement des affaires inextricables.

6. *Pouvoir de l'acheteur*. Les fournisseurs des pays en développement sont susceptibles de pâtir, davantage que ceux des pays développés, d'une utilisation du pouvoir de l'acheteur de nature à les spolier et à les pénaliser. Pour certains pays développés, le bien-être des consommateurs peut être la finalité, alors qu'il peut importer davantage, pour les pays en développement, de tenir compte de toutes les formes d'atteintes aux marchés, et non pas seulement des préjudices causés aux consommateurs. Les petits agriculteurs sont particulièrement vulnérables face au tort que leur

---

19 Dans l'UE, la norme appliquée est parfois que le concurrent soit « potentiellement tout aussi efficient », le caractère « potentiel » pouvant également être difficile à prouver.

20 Harmony Gold Mining Co. Ltd. v. Mittal Steel Corp., Case 13/CR/Feb04 (South African Competition Tribunal 2007), *rev'd*, 70/CAC/Apr07 (Court of Appeal 2009).

causent les pratiques d'achat et de distribution monopsonistique, les fusions ayant pour conséquence l'exercice d'un pouvoir de l'acheteur, comme cela a été le cas en Zambie et en Côte d'Ivoire ainsi que l'ont montré des exemples documentés,[21] ou encore les ententes entre acheteurs, comme cela a été le cas par exemple au Malawi sur le marché du thé, du sucre et du tabac.[22]

7. *Propriété intellectuelle*. Cette notion est au cœur des controverses en cours opposant droit de la concurrence et protection de la propriété intellectuelle. Indépendamment des procédures judiciaires en instance, les intérêts des populations pauvres seraient mieux servis par un renforcement du droit de la concurrence et une moindre protection de la propriété intellectuelle. Cela vaut particulièrement concernant l'exercice de droits de propriété intellectuelle dont le bien fondé peut-être contestable, comme c'est le cas des règlements prévoyant des versements destinés à retarder une mise sur le marché ; il s'agit de règlements délictueux en vertu desquels des fabricants de médicaments génériques acceptent d'importantes sommes d'argent pour se tenir à l'écart du marché pendant quelques années. Or, les populations pauvres ont grandement besoin de thérapies peu coûteuses, qui sont généralement mises à leur disposition par le segment des médicaments génériques.

   Les technologies de la communication et de la connaissance font également l'objet de la violente controverse opposant droit de la concurrence et protection de la propriété intellectuelle. Dans ce domaine-là aussi, les pauvres et les exclus ont grandement besoin de marchés concurrentiels.

   On ne saurait cependant ignorer l'argument selon lequel une moindre protection de la propriété intellectuelle serait de nature à entraîner un reflux des investissements dans la recherche-développement. Il nous reste encore beaucoup à apprendre du débat en cours sur cette question.

8. *Règles simplifiées*. Nous savons que les pays en développement pâtissent du fait que leurs ressources humaines et leurs ressources en capital sont rares. Leurs autorités de la concurrence ne disposent pas d'équipes de juristes et d'économistes prêtes à recenser et à analyser des masses de documents et à élaborer de tas de modèles et d'études. À défaut, ces pays ont grandement besoin de règles plus simples. Or, certaines règles simplifiées sont applicables. Ainsi la pratique des prix de vente imposés par certaines entreprises en position d'exercer un pouvoir de marché pourrait être réputée illégale en soi, à moins d'être justifiée, comme c'est déjà le cas dans l'UE et dans une grande partie du monde. La règle énoncée dans l'affaire *Mittal* par le tribunal sud-africain de la concurrence dont nous avons parlé plus haut va également de soi. En outre, l'application d'une règle d'illégalité en soi ou de quasi-illégalité en soi aux ententes injustifiables est bien évidemment largement admise. Il serait possible de définir certaines règles du même type en appliquant une logique inverse, c'est-à-dire en partant du principe, par exemple, de la légalité en soi de certaines pratiques de bas prix. En tout état de cause, les règles et réglementations des pays dotés d'un droit de la concurrence parvenu à maturité sont trop techniques et trop complexes pour

---

21 Voir Thula Kaira, The Role of Competition Law and Policy in Alleviating Poverty – The Case of Zambia, p. 133 (exploitation of out-grower farmers by ginners in Zambia, pp. 150 à 57) ; Bruno Dorin, From Ivorian Cocoa Beans to French Dark Chocolate Tablet: Price Transmission, Value Sharing and North/South Competition Policy, p. 237 (exploitation of cocoa farmers by chocolate makers in *Côte d'Ivoire*, passim et 306-10), tous deux dans THE EFFECTS OF ANTI-COMPETITIVE BUSINESS PRACTICES ON DEVELOPING COUNTRIES AND THEIR DEVELOPMENT PROSPECTS (H. Qaqaya and G. Lipimile, eds., UN 2008). Voir aussi Promoting Pro-Poor Growth: Agriculture, Annex 3.A1, Spotlight on Global Value Chains – Does it Mean Shutting out Small Producers? (OCDE 2006).

22 Voir CUTS (Consumer Unity and Trust Society, India) (2003), *Spine Chilling Experiences of Anti-Competitive Practices in Malawi*.

> les pays pauvres dont les ressources sont insuffisantes. Ce serait en outre leur rendre un mauvais service que de laisser entendre que ces règles devraient être adoptées et mises en œuvre par tous les pays pour se conformer aux « règles internationales ».

37. Toutes les solutions énumérées ci-dessus ont une certaine efficacité. Elles font à tout le moins partie de l'éventail de solutions qui peuvent fonctionner ou, plus précisément pour ce qui est du droit de la concurrence, des mécanismes d'incitation les plus susceptibles de donner naissance à une économie forte et performante.

38. Du point de vue des populations pauvres, le sujet de l'efficience impose une autre observation. Dans le cadre du droit de la concurrence, nous prétendons rechercher la maximisation de la richesse agrégée totale ou de la richesse des consommateurs. Or, cette mesure sert-elle au mieux les intérêts des pauvres et des exclus ? Rien n'est moins sûr. Nous pourrions comparer l'argumentation du professeur Ronald Dworkin (souscrivant à la thèse de l'utilitarisme qui est celle du plus grand bien commun pour le plus grand nombre – laquelle se concrétise dans les faits par l'adage « une personne, une voix ») avec celle de M. Richard Posner, qui est à la fois juge et professeur, (souscrivant à la thèse de la maximisation de la richesse – laquelle se concrétise dans les faits par l'adage « un dollar, un peso un rouble, un rand ou un renminbi, une voix »).[23] Comme l'implique le principe de maximisation de la richesse, plus le consommateur est riche, plus il est souverain. La maximisation de la richesse a de l'importance s'agissant du PIB et de la compétitivité des pays, mais l'utilitarisme peut donner plus de légitimité aux populations démunies et privées de pouvoirs. Pour autant, cet argument ne signifie nullement qu'il faudrait mettre à bas tout notre système, mais il peut être intéressant à la marge, par exemple pour analyser s'il convient de privilégier la liberté des entreprises de pratiquer des remises au détriment de leur liberté de se prémunir contre toute forme de parasitisme.

4. Qu'est-ce qu'implique, du point de vue de la *politique* de la concurrence, une façon de voir favorable aux pauvres et aux exclus ?

39. Nous nous sommes intéressés jusque-là au *droit* de la concurrence. Nous allons maintenant passer à la *politique* de la concurrence, qui revient à assurer la promotion de la concurrence.[24]

40. Promouvoir la concurrence est extrêmement important pour les pays en développement, en particulier pour les raisons invoquées par M. Angel Lopez Hoher, énumérées ci-après. Pour ces raisons, il conviendrait sans doute que les pays en développement y consacrent une fraction plus importante du budget de leur autorité de la concurrence respective que les pays développés. M. Lopez Hoher a ainsi déclaré, concernant le Mexique :

> La promotion de la concurrence est une composante essentielle de l'ensemble de mesures auxquelles peut recourir une autorité de la concurrence, surtout dans les pays où les racines des marchés sont peu profondes et où la concurrence est une notion qui doit encore s'affirmer face à l'interventionnisme de l'État et la recherche de rentes. Le cas du Mexique constitue un bon exemple, pour les raisons suivantes :

---

23 Voir Ronald Dworkin, Why Efficiency?, 8 Hofstra L. Rev. 653 (1980) ; Richard Posner, The Ethnical and Political Base of The Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 8 Hofstra L. Rev. 487 (1980). Voir aussi John Rawls, A THEORY OF JUSTICE (1971): justice requires maximizing the utility of those who are worst off. Id. at 150-61.

24 Il importe également de donner aux pays en développement la possibilité de réaliser des études de marché. Les études consacrées à des marchés qui semblent ne pas bien fonctionner permettent de recueillir des informations précieuses qui peuvent donner lieu à des poursuites judiciaires ou à des parades législatives.

Premièrement, malgré ces deux dernières décennies caractérisées par un programme ambitieux de libéralisation économique, l'économie mexicaine pâtit encore de l'héritage de la politique économique étatique et soumise aux intérêts corporatistes qui y a été menée pendant au moins une soixantaine d'années et qui se fait encore sentir dans des pans importants d'une réglementation défavorable à la concurrence et se manifeste encore par une défiance trop fréquente des forces du marché vis-à-vis de l'État, du congrès, de l'appareil judiciaire et du grand public.

Deuxièmement, ces conditions tendent à prévaloir principalement dans les services qui ont un impact horizontal sur le reste de l'économie, comme les télécommunications, les transports, l'énergie et les services financiers. La libéralisation des échanges dans les années 80 et 90 a apporté une discipline de marché à ces secteurs de l'économie mexicaine pour lesquels la concurrence étrangère a été déterminante. Cela étant, dans les secteurs des services non exportables – comme ceux évoqués ci-dessus – cet élan vers une modernisation de l'économie et une adaptation aux conditions de marché a fait défaut, ce qui a donné naissance à une économie duale pesant sur la compétitivité et préjudiciable aux consommateurs sur les marchés d'aval (autrement dit la quasi-totalité de l'économie).

Troisièmement, les activités de promotion de la concurrence, quand elles portent leurs fruits (par exemple en supprimant des obstacles artificiels à l'entrée ou des distorsions du marché) rendent possible une évolution structurelle de la dynamique de la concurrence, transformant définitivement et radicalement les mécanismes d'incitation et dispensant les autorités d'avoir à brandir, au cas par cas, la menace de la répression.[25]

41. Nous pourrions considérer qu'il existe deux catégories d'actions de promotion de la concurrence : premièrement, la lutte contre les restrictions appliquées par ou au sein de l'appareil d'État, et deuxièmement, les actions visant à améliorer l'environnement international de façon à se protéger contre – ou à tenter de corriger – les restrictions portant préjudice au marché intérieur, pratiquées au plan mondial ou par certains pays étrangers.

4.1 Lutte contre les restrictions pratiquées par ou au sein de l'appareil d'État

42. Nous avons évoqué ci-dessus les restrictions de la concurrence préjudiciables et exagérément limitatives imposées par l'État et nous avons vu en quoi le droit de la concurrence peut s'y appliquer. Un nombre bien plus grand de restrictions, sans être excessives à première vue, sont sans doute peu opportunes. Pour les remettre en cause, il faut faire preuve de persuasion. Le champ d'application de ces restrictions peut être variable : elles peuvent être appliquées exclusivement à l'intérieur d'un pays ou revêtir une dimension transnationale. On peut citer, à titre d'exemple, les dysfonctionnements mentionnés plus haut observés au Kenya, en Tanzanie et en Afrique de l'Oust. Tous ces incidents témoignent du zèle dont font preuve les autorités de la concurrence des pays en développement qui cherchent à mettre au jour les restrictions portant le plus atteinte aux intérêts des populations du pays, et tout particulièrement à ceux des plus démunis.

43. L'un des principaux modes possibles d'action en la matière est celui consistant à s'attaquer aux dispositions restrictives contenues dans le droit commercial du pays et en particulier dans sa législation antidumping. Les mesures prises en ce sens sont généralement massivement soutenues par des groupes d'intérêt ; cela étant, comme le montre l'exemple de la Tanzanie, c'est parfois le « marché » qui gagne. Paradoxalement, les autorités de la concurrence d'un grand nombre de petits pays en développement ont

[25] Angel Lopez Hoher, Competition Advocacy in Mexico: Lessons from the Past Decade, Competition Policy International, 27 août 2012.

bien plus de latitude, au sein de leur système, pour lutter contre les dispositions protectionnistes du droit commercial de leur pays que celles de bon nombre de pays développés parvenus à maturité.

44. Un autre mode d'action plus modeste mais tout aussi essentiel est celui qui vise les réglementations en vigueur dans le pays. La réglementation est souvent excessive et produit des effets pervers, bien qu'elle soit souvent soutenue par des groupes d'intérêt. Le RIC a pris une mesure importante en organisant, sous l'égide de son Groupe de travail sur la promotion de la concurrence, un projet visant à recenser les méthodologies d'évaluation des effets pro- et anticoncurrentiels de certaines réglementations.[26] Cette initiative pourrait être une première étape pour élaborer un modèle d'identification des réglementations inopportunes préjudiciables à la concurrence afin de pouvoir ensuite les combattre.

4.2 Promotion d'une obligation modérée s'imposant à tous les pays

45. Les pays pauvres en développement sont les cibles les plus vulnérables des restrictions internationales qui pèsent sur leur croissance économique. Les pays occidentaux, tout en exhortant généralement les populations des pays en développement à s'aider elles-mêmes, choisissent souvent au gré de leurs intérêts les domaines visés par la libéralisation, s'accrochant souvent aux mesures protectionnistes et aux subventions dans les secteurs où elles portent avant tout préjudice aux pays en développement.[27] Paradoxalement, les pays occidentaux versent plus d'argent sous forme d'aides aux pays en développement que ceux-ci n'en perdent en conséquence de la marginalisation qu'ils subissent du fait des droits de douane, des législations anti-dumping et des subventions pratiqués par les pays occidentaux,[28] sans même parler de leurs ententes à l'exportation. Les Occidentaux proclament que les ententes à l'exportation ne sont pas leur problème, les pays lésés étant libres d'engager des poursuites à l'encontre des participants à une entente extraterritoriale. Mais les pays les plus pauvres n'ont pas les ressources nécessaires pour agir et, de surcroît, comme c'est aussi le cas concernant la pollution, il est plus efficace de faire cesser les infractions à l'endroit où elles sont commises.

46. Les pays en développement pourraient mettre en œuvre un programme constructif d'actions de promotion. En des périodes plus propices, l'Union européenne a proposé un dispositif en ce sens,[29] qui aurait pu être mis en application dans le cadre de l'OMC mais également en tant que projet autonome. Dans l'esprit de la proposition de l'UE, les pays développés peuvent et devraient être tenus à un devoir de sollicitude lorsqu'ils causent un préjudice, notamment dans des pays en développement et en particulier lorsque leurs ressortissants contreviennent aux principes explicites et largement partagés du droit de la concurrence (autrement dit, lorsqu'ils forment des ententes). Les pays développés peuvent et devraient réviser leur législation à cet égard de manière à étendre leur compétence afin de rendre illégales les ententes injustifiables à l'exportation.[30]

---

26 Voir aussi OCDE (Manuel pour l'évaluation de la concurrence, http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/competitionassessmenttoolkit.htm, qui indique une méthode permettant de recenser les restrictions réglementaires inutiles en vigueur sur le marché).

27 Martin Wolf, Why Globalization Works (2004). Voir le passage, Hypocrisy of the rich, pp. 218 à 18.

28 Wolf, supra.

29 Groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, Organisation mondiale du commerce, *Communication from the European Community and Its Member States*, WT/WGTCP/W/184 (22 avril 2002). Ce Groupe de travail a été dissout.

30 Voir Eleanor Fox, Testimony Before the Antitrust Modernization Commission, Hearing on International Issues in Washington, D.C. (15 février 2006), *téléchargeable à l'adresse suivante :* www.AMC.gov*; voir également* Special Committee on International Antitrust, ABA Antitrust Section, The Special Committee's Report 83-90 (1er septembre 1991).

47. On pourrait en l'occurrence s'inspirer d'une convention en vigueur dans le domaine de la protection de l'environnement, à savoir la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination.[31] Aux termes de cette convention, si un pays signataire interdit l'importation de déchets dangereux, tous les autres pays qui y sont Parties doivent alors doivent rendre illégale l'expédition de déchets dangereux dans le pays en question. Des pays partenaires commerciaux pourraient adopter un modèle analogue pour les ententes injustifiables à l'exportation, assimilables, en droit de la concurrence, à des « déchets dangereux ».

48. Par ailleurs, s'agissant des ententes ciblant les exclus, les pays développés pourraient modifier leur droit de la concurrence afin de se doter d'une compétence relative à la divulgation de documents et aux dépositions de suspects et témoins se rapportant aux éléments factuels des ententes extraterritoriales. Ils pourraient ainsi exercer un pouvoir d'assignation des témoins dans les cas où certains de leurs ressortissants seraient présumés avoir attenté aux intérêts de pays en développement.

49. La coopération entre pays attachés à la défense du droit de la concurrence a considérablement progressé pour faire respecter ce droit. L'OCDE, le RIC et la CNUCED constituent d'importants mécanismes et enceintes de coopération. Les forums régionaux en Afrique, en Amérique latine et en Asie favorisent pareillement la coopération, de même qu'une multitude de conventions bilatérales. La coopération est particulièrement indispensable pour les pays pauvres et en développement confrontés à la rareté extrême de leurs ressources, et dont les populations démunies sont souvent des victimes toutes désignées. Toutes les mesures supplémentaires prises en ce sens aideront les pauvres.

5. Conclusion

50. Nous avons étudié, dans la présente note, ce qui constitue l'essentiel du droit et de la politique de la concurrence, ainsi que leur interaction, en examinant comment ce droit et cette politique pourraient être favorables aux pauvres. Nous avons ainsi observé que :

1. La concurrence est un principe fondamentalement favorable aux pauvres et aux plus démunis. L'accès à des marchés libérés de restrictions artificielles démarginalise les exclus et tend à accroître la mobilité, en favorisant un développement bénéficiant à tous. Il va sans dire que la baisse des prix des biens de première nécessité aide les pauvres. Pour autant, le droit et la politique de la concurrence à eux seuls ne suffisent pas. D'autres conditions indispensables doivent être réunies : l'alimentation, la santé, le logement et l'accès aux capitaux – conditions qui ne sauraient assurément être remplies sans une bonne gouvernance et l'existence d'un État de droit. À cet égard, dégager des synergies pluridimensionnelles crée un cercle vertueux.

2. En quoi la mise en œuvre efficace du droit de la concurrence peut-elle répondre aux besoins les plus impérieux des populations pauvres et exclues ? Premièrement, l'accès de ces populations au marché signifie qu'elles n'en sont pas évincées par des restrictions généralisées servant des intérêts étatiques et clientélistes ou par des restrictions découlant d'un régime dérogatoire étendu. Ce problème n'est pas seulement celui des populations exclues, mais il est essentiel dans l'optique de leur démarginalisation et d'un développement bénéficiant à tous et pourrait donc devenir la toute première des priorités. Deuxièmement, le droit de la concurrence *s'inscrit par essence* dans une perspective favorable aux pauvres, tant du point de vue de la procédure que sur le fond. Trois pistes notamment se dégagent de la discussion ci-dessus : (i) Il conviendrait de réfléchir à des mécanismes procéduraux donnant aux pauvres accès à la justice ; (ii) il importe de chercher à mettre en œuvre des règles simplifiées, économiquement sensées, permettant aux pays

[31] 22 mars 1989, 1673 U.N.T.S. 125.

pauvres de se dispenser d'armées de juristes et d'économistes. Les autorités et les tribunaux doivent se saisir de toute occasion de mettre en œuvre ces règles simplifiées, faute de quoi paradoxalement la réparation des infractions au droit de la concurrence resterait un luxe réservé aux mieux lotis ; (iii) il existe tout un éventail de moyens de rendre les marchés efficients, innovants et dynamiques. En fait partie l'adoption d'une façon de voir plus favorable aux pauvres et moins avantageuse pour les nantis. Cette façon de voir attache du prix à l'ouverture des marchés, à la concurrence et à la liberté des entreprises de pratiquer des prix durablement peu élevés.

3. En quoi une politique de la concurrence efficace peut-elle répondre aux besoins les plus impérieux des pays à faible revenu ? Premièrement au plan intérieur, du fait que cette politique permet de lutter contre des restrictions anticoncurrentielles imposées par l'État, notamment dans les secteurs pour lesquels les populations sont susceptibles de soutenir les mesures prises en ce sens et les chances de réussite sont les plus grandes. Deuxièmement, au plan international, du fait qu'une telle politique permet de promouvoir des règles et des normes contraignant les nations à faire cesser ou à réparer les préjudices qu'elles causent.

51. La mise en œuvre d'un droit et d'une politique de la concurrence favorables aux plus pauvres n'est pas la solution miracle pour réduire la pauvreté. C'est seulement l'une des composantes d'un arsenal de mesures qui promettent d'ouvrir plus de pistes et de produire de meilleurs résultats, petit à petit. Comme pour toutes les propositions, des difficultés de mises en œuvre existent et certains arbitrages sont nécessaires. Le moment est venu d'en discuter.