



Continentalisation

Cahier de recherche 02-03

**Mondialisation, concurrence et gouvernance :
Émergence d'un espace juridique transnational
dans les Amériques**

Christian Deblock, Dorval Brunelle et Michèle Rioux*

MARS 2002



Université du Québec à Montréal
C.P. 8888, succ. Centre-ville
Montréal, H3C 3P8

Tel.: (514) 987-3000 #3910
<http://www.ceim.uqam.ca>

GROUPE DE RECHERCHE SUR L'INTÉGRATION CONTINENTALE
<http://www.unites.uqam.ca/gric>

* Les auteurs remercient Rémi Bachand pour ses remarques et commentaires.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette publication demeurent l'entière responsabilité de l'auteur-e et ne reflètent pas nécessairement ceux du Groupe de Recherches sur l'Intégration Continentale (GRIC) ou des membres du Centre Études internationales et Mondialisation (CEIM).

**Mondialisation, concurrence et gouvernance :
Émergence d'un espace juridique transnational dans les Amériques.**

Christian Deblock, Dorval Brunelle et Michèle Rioux*

C'est sur un compromis que le nouvel ordre économique international fut construit : la souveraineté des États et leur droit d'intervention étaient reconnus sur le plan économique mais, au niveau international par contre, l'exercice de ce droit se trouvait subordonné à la reconnaissance juridique de deux principes, l'égalité de traitement et la liberté de commercer. Comme le souligne Graz, ce compromis marque la première véritable tentative de concilier, sur une très large échelle, libéralisme et interventionnisme, d'une part, multilatéralisme et autonomie nationale, d'autre part. On peut également dire, avec Ruggie¹, que le libéralisme était « encastré » mais cet encastrement était national et, de surcroît, le compromis était fragile. Non pas tant parce que l'action des États était désormais soumise aux engagements souscrits sur la scène internationale, mais plutôt parce que, pour la première fois, la liberté de commercer prenait forme de droit dans les relations économiques entre les États. Toujours est-il que, pendant trois décennies, les entreprises furent soumises à des contrôles, règles et autres prescriptions de résultats qui, sans totalement freiner leur transnationalisation, les ont privées de la marge de manœuvre souhaitée pour organiser leurs activités sur une échelle planétaire.

Quelque cinquante ans plus tard, le libéralisme a été « désencastré » et les marchés ont retrouvé toute leur autonomie et si le dynamisme et la force d'expansion économique s'en trouvent certainement accrus, il existe, par contre, de moins en moins de mécanismes, à l'interne, en mesure de garantir la régulation économique, de préserver la cohésion sociale et de réduire les inégalités. Toutefois, la généralisation du principe concurrentiel qui a suivi a fait surgir de nouveaux enjeux normatifs qui dépassent la seule question du libre-échange. En effet, si les marchés nationaux sont aujourd'hui presque entièrement décloisonnés et que l'économie mondiale est plus intégrée que jamais, force est de constater qu'entreprises et gouvernements ont changé leurs stratégies. Alors que les premières, tirant parti de ce nouvel environnement, réorganisent leurs activités en fonction d'une concurrence devenue globale, les seconds, loin d'être des acteurs passifs de la globalisation, se

* Les auteurs remercient Rémi Bachand pour ses remarques et commentaires.

¹ John Gerard Ruggie, "International Regimes, Transactions, and Change : Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order", *International Organization*, Vol. 36, n° 2, printemps 1982, pp. 379-415.

sont de leur côté engagés dans des stratégies qui visent, elles aussi, à répondre aux exigences de ce nouvel environnement. En particulier, on observe que, pour les entreprises, la poursuite de l'efficacité passe de plus en plus par les voies d'une intégration en profondeur de leurs activités, tandis que, parallèlement, les États ont de plus en plus tendance à lier souveraineté avec compétitivité.

Les conséquences de ce double mouvement sont nombreuses, et, si les laudateurs de cette nouvelle économie globale performante et innovatrice ne manquent pas d'en souligner les effets heureux, on ne peut que s'interroger sur le décalage évident qui existe actuellement, à l'échelle internationale, entre des cadres normatifs qui relèvent d'une autre époque et les nouvelles pratiques d'acteurs qui découlent de la généralisation du principe de concurrence. Toutefois, si la nécessité de mettre en place de nouveaux cadres normatifs s'impose aux yeux de tous les observateurs, la difficulté d'y parvenir est d'autant plus grande que les firmes multinationales (FMN) demandent et obtiennent toujours plus de protection et de liberté dans la conduite de leurs activités, ce qui leur est d'autant plus facilement accordé que les États ont renoncé à contrôler les mouvements de capitaux, préférant plutôt opter pour des mesures favorables à leur promotion. Le second volet du problème vient du fait que la défense de compétitivité est devenue pour les États la plus haute des priorités, pour ne pas dire une « dangereuse obsession », comme a pu l'écrire Krugman, croissance se conjuguant désormais avec intégration compétitive dans l'économie mondiale.

Si les processus actuels ont fait éclater l'espace de régulation nationale, le débat international se pose aujourd'hui dans des termes qui n'ont plus grand chose à voir avec ceux dans lesquels fut posée la reconstruction de l'ordre international il y a cinquante ans dans la mesure où il ne s'agit plus tant d'ouvrir les marchés, d'éliminer le protectionnisme et de procéder, comme on le disait à l'époque, au « désarmement économique » des États², que de faire émerger un espace juridique mondial qui, non seulement réponde aux demandes institutionnelles de la mondialisation, mais également établisse, à un premier niveau, un système de règles et contraintes qui viendront baliser et structurer les comportements des acteurs publics et privés à l'intérieur d'un espace économique mondial lui-même en émergence et à un second niveau, des mécanismes de contrôle et de régulation. Rien n'est bien clair pour le moment quant à la forme que prendront les nouvelles institutions, d'autant qu'il n'existe pas une, mais au moins deux approches, deux approches qui s'inscrivent dans des traditions différentes en matière de coopération internationale, selon qu'il s'agit de privilégier l'intérêt commun et le droit ou bien, au contraire, l'autonomie des acteurs et les codes de conduite, privés ou publics.

Si, pour des raisons multiples, la voie multilatérale, souvent qualifiée de « bicyclette », ne paraît guère très prometteuse dans l'immédiat, les voies bilatérale et régionale offrent aux yeux de certains de nombreux avantages, dont celui de servir de laboratoire institutionnel et de créer ainsi des précédents qui serviront de levier à d'autres niveaux. Le problème, et il n'est pas nouveau, est

² James T. Shotwell, *La grande décision*, New York, Brentano, 1944.

que les accords commerciaux, de quelque nature qu'ils soient, ont toujours répondu davantage à des préoccupations stratégiques qu'à des préoccupations purement libre-échangistes. La situation actuelle ne fait pas exception. La prolifération des accords de tout genre depuis une vingtaine d'années ne doit pas faire illusion ; ce n'est pas l'engouement pour le libre-échange qui pousse les États à s'y engager, mais plutôt la préoccupation de trouver un juste milieu entre défense d'efficacité, d'un côté, et défense de compétitivité, de l'autre. Cela dit, par-delà la prolifération des accords, le régionalisme économique tend à se consolider autour de deux grands pôles pour le moment, l'Union européenne, d'un côté, et les États-Unis, de l'autre, et ce, avec toutes les nuances qui s'imposent évidemment, sur des bases institutionnelles concurrentes.

Nous proposons de reprendre, dans cet article, le débat actuel sur la coopération économique internationale comme nous venons de le poser en concentrant notre attention sur deux questions, l'investissement et la concurrence. Un regard sur les enjeux que soulève pour les États la généralisation du principe de concurrence dans un contexte de globalisation nous permettra de situer ce débat et, partant, de présenter ce que nous appellerons le triangle impossible de la coopération économique internationale. Précisons que nous porterons surtout attention aux Amériques, à l'ALENA et au projet de Zone de libre-échange en cours de négociation.

GLOBALISATION ET CONCURRENCE

On voit actuellement émerger une situation où les États tentent, unilatéralement et par le biais de la coopération internationale, de répondre aux attentes des entreprises, mais qui se juxtapose aussi à une concurrence entre les systèmes nationaux, chacun d'eux tentant du mieux qu'il peut d'assurer l'intégration compétitive de l'économie nationale à l'économie mondiale. Il y a eu un changement d'attitude des États envers l'investissement qui n'est pas sans rapport avec le basculement idéologique en faveur du néo-libéralisme et du principe concurrentiel, de même qu'avec la place très grande qui est désormais accordée aux entreprises aussi bien dans l'élaboration et la mise en place des politiques intérieures que dans l'établissement des cadres normatifs internationaux. Il ne s'agit pourtant là que d'une partie du problème ; les facteurs idéologiques et la montée en puissance des FMN dans la prise de décision n'expliquent pas tout. La référence à un nouvel ordre libéral ne doit pas nous amener à sous-estimer le fait que les acteurs ne font pas que s'ajuster à un processus qui s'imposerait de lui-même, mais qu'ils le façonnent aussi, à des degrés différents, au travers de leurs décisions. À cet égard, si les firmes déploient des stratégies qui forment un système de production de plus en plus intégré à l'échelle planétaire, les États, pour leur part, tentent d'adapter leurs politiques économiques à ces nouvelles contraintes. Et à partir du moment où l'investissement international et la FMN deviennent pour les États les vecteurs d'une intégration compétitive des économies nationales à l'économie mondiale, le problème de la coopération internationale ne consiste plus à partir du national et, par échange mutuel de concessions, à faire converger les normes nationales vers l'élaboration des normes communes. Il consiste à mettre en place des dispositifs internationaux de réglementation qui, tout en accordant protection et sécurité aux

entreprises, vont également venir encadrer les paramètres de cette intégration compétitive où, à défaut d'accord, chacun est laissé à lui-même.

1. Du contrôle à l'attraction des investissements directs étrangers

L'ordre d'après-guerre n'aura pas réussi à mettre en place un régime international contraignant en matière d'investissement international. L'absence de consensus et le vide institutionnel qui en a résulté ont fait de l'investissement international une zone grise et laissé aux États toute marge de manœuvre pour établir les dispositions et les conditions d'entrée dans le pays d'accueil. Pour tous les pays, à l'exception notable des États-Unis, conserver un droit de regard sur les investissements étrangers revenait à se donner les moyens de préserver leur indépendance économique et à compléter les politiques macro-économiques, alors orientées vers le plein-emploi, par des mesures à caractère plus structurel orientées vers l'industrie et les régions. Le contrôle national ne se limitait pas aux seuls investissements car il était également étendu au personnel des entreprises, particulièrement au personnel dirigeant, aux sources d'approvisionnement et aux réseaux de distribution, ou encore au domaine scientifique³. Parallèlement, ce contrôle s'accompagnera de mesures visant à favoriser l'encastrement national de l'économie, une meilleure maîtrise des leviers économiques et, si possible, l'émergence de « champions nationaux ».

D'une façon générale, pendant une trentaine d'années, les États ont usé et abusé de leur pouvoir discrétionnaire pour contrôler les mouvements de capitaux et interférer ainsi dans les choix des entreprises. Mais pour qu'il en fût ainsi, encore fallait-il que les États puissent soutenir effectivement l'encastrement national de l'économie, ce qui demandait deux choses : un certain pouvoir de négociation face aux FMN et une économie jouissant d'un relatif degré d'autonomie vis-à-vis des grands courants économiques internationaux. Les premières étapes de la multinationalisation des entreprises, fondées sur des stratégies d'approvisionnement ou de pénétration des marchés, ont fait apparaître des FMN, les unes extractives et les autres multidomestiques, qui étaient, pour reprendre l'expression d'Andreff, « engluées » dans le territoire du pays d'accueil⁴. C'est lorsqu'ont commencé à apparaître des FMN qui décomposaient les processus productifs en réseaux et des entreprises adoptant des stratégies globales, que le rapport firme-territoire a été remis en question, et, partant, l'efficacité des cadres normatifs et réglementaires nationaux en matière d'investissement étranger. Comment en effet appliquer des règles et des contrôles au niveau national alors que se développait une économie de plus en plus « déterritorialisée » ou, pour être plus nuancé, de plus en plus autonome et flexible par rapport aux

³. Ce contrôle passera par de multiples voies, notamment un renforcement du contrôle national et une limitation de la participation étrangère; la création de sociétés d'État ; l'imposition de réglementations et de restrictions sectorielles et l'imposition de certaines exigences de résultats aux entreprises et aux investisseurs étrangers ; et d'une manière générale, un contrôle direct ou indirect que ce soit sur les entrées de capitaux (fusions-absorptions, implantation et/ou localisation des nouveaux investissements) ou sur les sorties au titre des rapatriements des fonds ou des profits.

territoires nationaux ? Avec ces évolutions nouvelles dans l'organisation des activités des FMN, la relation hiérarchique qui s'était établie jusque-là entre États et firmes va ainsi se trouver renversée, inversée⁵, avec pour conséquence que, si, jusque-là, les entreprises se disputaient le droit d'opérer sur un territoire précis, à partir de ce moment, ce sont les États qui allaient se disputer l'investissement étranger.

2. Du droit des États au droit des entreprises

En matière d'investissements directs, comme le rappelle Dunning⁶, on est passé d'une attitude franchement hostile envers les FMN à une attitude on ne peut plus accueillante à leur endroit. Tout nouvel investissement étranger est désormais considéré comme une bonne nouvelle pour l'économie et tout est fait au niveau des procédures, réglementations et obligations diverses pour faciliter leur entrée. Curieux retournement de situation donc, où l'on voit désormais les gouvernements, pris dans l'engrenage d'une libéralisation qui les engage dans une concurrence de plus en plus vive et ouverte les uns vis-à-vis des autres, « courir » après les investissements étrangers et déployer le tapis rouge devant les FMN. Ainsi, selon la CNUCED, entre 1991 et 1999, ce n'est pas moins de 94 % des 1 035 révisions apportées au niveau mondial aux dispositions visant les IDE qui ont créé un environnement leur étant plus favorable (tableau 1).

Tableau 1. Modifications apportées aux dispositions réglementaires nationales, 1991-1999

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Nombre de pays ayant modifié les disposition applicables aux investissements	35	43	57	49	64	65	76	60	63
Nombre de modifications :	82	79	102	110	112	114	151	145	140
Plus favorables	80	79	101	108	106	98	135	136	131
Moins favorables	2	-	1	2	6	16	16	9	9

Source : CNUCED, *World Investment Report 2000*.

Parallèlement, les accords internationaux protégeant et élargissant les droits des investisseurs se sont multipliés. Il ne s'agit pas seulement pour les gouvernements d'attirer l'investissement étranger, mais aussi de mieux protéger les investissements nationaux à l'étranger. La prolifération des accords internationaux sur l'IDE, que ce soit sur une base bilatérale ou régionale, est l'une des

⁴ Voir W. Andreff, « La déterritorialisation des multi-nationales : firmes globales et firmes-réseaux », *Culture et Conflits*, no. 21-22, printemps-été 1996 (disponible en ligne à l'adresse suivante : www.conflits.org)

⁵ Philippe Hugon, « Les cadres de cohérence à l'épreuve des interdépendances des centres de décisions internationaux » dans A. Vinokur (dir.), *Décisions économiques*, Economica, Paris, 1998 ; et, Philippe Hugon, « L'évolution de la pensée économique et la globalisation » dans GEMDEV, *Mondialisation. Les mots et les choses*, Paris, Karthala, 2000.

⁶ John Dunning, "Governments and Multinationals : From Confrontation to Cooperation ?", dans Lorraine Eden et Evan Potter (dir.), *Multinationals in the Global Political Economy*, Londres, Macmillan, 1993, pp. 59-83. Voir également, Charles-Albert Michalet, *La séduction des Nations ou Comment attirer les investissements*, Paris, Economica, 1999.

tendances les plus remarquées sur la scène économique internationale ces dernières années⁷ : plus de la moitié de ces accords ont été signés depuis 1990 et, dans la plupart des cas, il s'agit d'accords entre pays industrialisés et pays en développement, c'est-à-dire avec des pays dont les réglementations nationales restent encore très restrictives. Ce phénomène de démultiplication des accords sur l'investissement va de pair avec la prolifération des accords commerciaux bi- ou plurilatéraux, lesquels se trouvent à englober le plus souvent des dispositions fort précises en matière d'investissement⁸.

C'est cependant moins la prolifération des accords qui doit attirer notre attention que le changement des objectifs visés. Auparavant, il s'agissait surtout, dans un contexte où l'activité étrangère était subordonnée aux priorités des politiques nationales, de contrôler l'exercice de ce droit. À défaut de consensus, et dans la mesure où l'investissement était un domaine où les intérêts nationaux étaient défendus âprement, les résultats de la coopération internationale furent toujours fort modestes. Désormais, le droit international a évolué dans un sens plus favorable à la protection des investissements étrangers. Les règles et les contrôles vont dans le sens de l'assouplissement, voire de la disparition pure et simple, et les pays acceptent aujourd'hui plus facilement que ce n'était le cas autrefois l'inclusion, dans les traités et contrats, de dispositions permettant le recours à des mécanismes internationaux d'arbitrage.

L'expérience dans les Amériques est intéressante pour trois raisons. Premièrement, c'est des Amériques qu'est parti le mouvement en faveur d'une meilleure protection de l'investissement, à l'instigation des États-Unis, et ce, à un moment où les termes de leur sécurité économique vont commencer à être redéfinis. Le recours direct à l'arbitrage international et la possibilité de voir un investisseur poursuivre un État furent sanctionnés pour la première fois par le traité bilatéral d'investissement signé par les États-Unis et Panama en 1982. Ces deux innovations ont été systématiquement reconduites dans tous les traités bilatéraux signés par les États-Unis, le Canada, voire le Mexique, depuis le début des années 1990. Comme le souligne Rémi Bachand, en accordant une protection fort étendue à l'investisseur, l'ALÉ puis l'ALÉNA vont élargir, approfondir et étendre le contenu des accords antérieurs⁹. Le chapitre 11 de l'ALÉNA, qui porte sur

⁷ En 1981, l'OCDE dénombrait plus de 200 traités bilatéraux, dont 89 ont été ratifiés après 1973. En 1999, la CNUCED en dénombrait 1856. Le Canada, à lui seul, en a signé 24 depuis 1989, dont huit en 1997. Selon *l'Economic Report* de 1998, les États-Unis en auraient signé 40 !

⁸ Cette question est abordée, dans le cas nord-américain, par Lorraine Eden ("The Emerging North American Investment regime", *Transnational Corporations*, vol. 5, n° 3, décembre, 1996, pp. 61-98). L'auteure montre que les dispositions relatives à l'investissement contenues dans l'ALÉNA s'inscrivent dans un processus qui vise à établir un régime sur l'investissement qui corresponde aux réalités nouvelles de l'intégration en profondeur qui pourrait servir de cadre de référence à l'implantation d'un régime analogue au niveau multilatéral. Voir également R. Lawrence, *Regionalism, Multilateralism and Deeper Integration*, Washington, Brookings Institute, 1996.

⁹ Voir Rémi Bachand, dans *Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements. L'ALÉNA comme modèle ?* (Montréal, GRIC, février 2000, <http://www.unites.uqam.ca/gric>) ; Rémi Bachand, *Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques : existe-t-il une alternative au modèle ALÉNA ?*, Montréal, GRIC, janvier 2001, <http://www.unites.uqam.ca/gric>. Voir aussi Edward Graham et Christopher Wilkie, "Multinationals and the Investment Provisions of the NAFTA", *The International Trade Journal*, Vol. 8, n° 8, 1994, pp. 9-38.

l'investissement, comporte des dispositions relatives aux droits et obligations des États de même que les procédures en matière de règlement des différends qui sont fort détaillées. Deuxièmement, on voit apparaître sur le continent américain une grande convergence quant au contenu et à l'étendue de la protection accordée à l'investissement étranger. Dans le cadre des négociations en cours dans les Amériques, les premières ébauches du projet d'accord sur l'investissement indiquent que, malgré les réserves du Brésil et du Venezuela notamment, on s'oriente vers un contenu assez similaire à celui du chapitre 11 de l'ALÉNA¹⁰. Troisièmement, dans le cadre des négociations hémisphériques, le débat sur les règles doit aller beaucoup plus loin que la seule négociation d'un code de l'investissement ; il doit porter sur tout ce qui de près ou de loin touche à la transparence des marchés, des règles et des pratiques, publiques ou privées.

A peu de choses près, les dispositions de l'ALÉNA ont été, celles que l'on devait retrouver dans le projet d'accord multilatéral sur l'investissement, l'AMI, sinon que celui-ci allait plus loin encore, notamment en ce qui a trait à l'indemnisation pour les pertes subies en raison d'une guerre ou d'un conflit civil¹¹. Il faut souligner que l'évolution de la coopération internationale et des accords sur l'investissement international ne tend pas à instaurer un supranationalisme mais à transnationaliser des règles plus ou moins communément acceptées aujourd'hui, du moins par les pays industrialisés, et de faire ainsi émerger un droit économique international qu'il appartiendra à chaque État de respecter et de faire respecter à l'intérieur du périmètre national. Mais s'il existe un certain consensus international sur l'assouplissement des régimes nationaux en matière d'investissement international, il est encore loin d'être suffisant pour laisser entrevoir un accord multilatéral sur l'investissement¹².

Il faut rappeler que le projet d'AMI fut discuté dans le cadre de l'OCDE plutôt qu'à l'OMC puisque les négociations commerciales risquaient d'achopper sur cette question. En transférant le dossier à l'OCDE, on pensait pouvoir obtenir un accord qui pourrait, dans un deuxième temps, être progressivement étendu, par la voie bilatérale notamment, à l'ensemble des pays de la planète. L'échec de ces négociations, et leur renvoi à l'OMC, n'enlève rien au fait qu'il existe aujourd'hui un consensus entre les pays industrialisés sur le principe même de protéger l'investissement, mais il révèle deux problèmes. Le premier a trait aux réserves quant à l'étendue et à l'application des droits

¹⁰ Les premières ébauches reprennent les dix dispositions de base, soit celles relatives au traitement national, au traitement réservé à la nation la plus favorisée, au traitement juste et équitable, aux prescriptions de résultat, aux dirigeants et personnels-clés, aux transferts, aux expropriations et indemnisations, aux indemnisations en cas de perte, y compris en cas de guerre ou de guerre civile, aux exceptions et réserves et règlement des différends.

¹¹ Voir à ce sujet, Julius De Anne, "International Direct Investment : Strengthening the Policy Regime", dans Peter B. Kenen (dir.), *Managing the World Economy, Institute for International economics*, Washington, 1994.. Voir également, Edward M. Graham, *Rivalité sur les marchés internationaux et nouveaux enjeux pour l'Organisation mondiale du commerce*, Industrie Canada, Document de discussion n° 6, février 1998, et Christian Deblock et Dorval Brunelle, "Globalisation et nouveaux cadres normatifs : le cas de l'Accord multilatéral sur l'investissement", *Géographie, Économie et Société*, Vol. 1, n° 1, mai. 1999, pp. 49-95

¹² À l'OMC, l'Accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce ouvre timidement la porte en matière de droits et obligations des États avec des dispositions relatives au traitement national ainsi que sur celles relatives aux restrictions quantitatives pour interdire certaines exigences de résultat.

à octroyer aux entreprises, et le second au fait qu'il s'agit de faire avancer le droit économique des entreprises au-delà de la seule reconnaissance d'une protection étendue puisqu'il engage également la gouvernance, publique et d'entreprise. En effet, même là où ces droits sont reconnus, les entreprises étrangères se heurtent encore bien souvent à l'opacité des marchés et des réglementations, voire à l'absence de règle de droit, à la faiblesse des autorités et des législations dans des domaines aussi divers que les assurances, les banques, les faillites, la comptabilité, ou encore à des pratiques, la corruption ou la criminalité économique par exemple, qui accroissent les risques et les coûts d'opération.

En clair, l'international descend aujourd'hui dans l'arène nationale et « la coopération internationale pénètre désormais les frontières pour étendre son champ d'action aux politiques intérieures », pour reprendre les mots de Sylvia Ostry¹³. Mais l'inverse n'est-il pas tout aussi vrai ? Le national n'est-il pas aussi en train de façonner l'économie mondiale ? La question doit être posée dans la mesure où, non seulement les espaces économiques sont placés en concurrence les uns vis-à-vis des autres, mais que, dans le dessein de mettre à niveau les règles nationales et d'éliminer ainsi toute forme de concurrence déloyale entre les différents régimes nationaux, les États, avec au premier rang les plus puissants d'entre eux, sont de plus en plus tentés d'internationaliser leurs propres politiques. Cette concurrence entre les systèmes nationaux est particulièrement visible dans le cas des politiques en matière d'investissement étranger, mais il l'est tout autant dans le cas des politiques de la concurrence comme nous allons le voir maintenant, des politiques fiscales, des politiques de R & D, et pourquoi pas bientôt des politiques d'éducation ou des politiques sociales dès lors que celles-ci participent de la compétitivité des nations....

Le droit des États s'efface au profit du droit des entreprises, une tendance qui découle du fait qu'il ne s'agit plus de soumettre les mouvements de capitaux à des contraintes mais d'en tirer avantage, mais la quasi-absence de règles internationales adaptées aux réalités nouvelles de la globalisation fait en sorte que les États ont le champ libre pour faire cavaliers seuls et orienter leurs stratégies compétitives en conséquence. Il n'y a pas de retrait de l'État du champ de l'économie. Il y a plutôt eu déplacement du pouvoir discrétionnaire d'intervention, du national vers l'international. Nous aborderons maintenant l'évolution des politiques de la concurrence. Si l'on est passé du droit des États au droit des entreprises en ce qui a trait à l'investissement international, dans le domaine de la concurrence, l'on est passé du droit de la concurrence aux politiques de compétitivité.

3. Évolution du débat sur la concurrence

Le débat actuel sur la concurrence est fortement traversé par des considérations stratégiques ainsi que par la nécessité d'internationaliser le droit de la concurrence. Encore là, force est de

¹³ Sylvia Ostry, "Au-delà des frontières: le nouveau champ de la coopération internationale", dans OCDE, *Les industries stratégiques dans une économie globale : questions pour les années 90*, Paris, OCDE, 1991, p. 93. Voir également l'excellent article critique de John Gerard Ruggie, "At Home Abroad, Abroad at Home : International Liberalization and Domestic Stability in the New World Economy", *Millennium, Journal of International Studies*, vol.24, no. 3, 1996, pp. 507-526.

constater qu'il existe une tension grandissante entre la nécessité pour les États de coopérer afin de niveler le terrain et celle de mettre en œuvre de nouvelles stratégies compétitives. Il est révélateur de constater que la coopération internationale en matière de concurrence porte de plus en plus sur la création d'un environnement institutionnel favorable à l'accès au marché et au déploiement des activités des FMN. Revenons d'abord sur le développement du droit de la concurrence

Tel qu'il a pris forme à la fin du dix-neuvième siècle dans des pays comme le Canada et les États-Unis, le droit de la concurrence répondait à des préoccupations découlant de la concentration économique et de la formation de trusts. Les grandes lignes du droit de la concurrence furent établies pour interdire les ententes et les monopoles et contrôler la concentration économique. Si des différences significatives marquent les débats nationaux de l'époque¹⁴, le droit de la concurrence n'en visait pas moins à contrer l'émergence de monopoles et à préserver la multiplicité des acteurs économiques sur les marchés nationaux, et ce, afin de préserver l'intérêt public¹⁵. Sur un plan plus théorique, il y avait alors une forte opposition entre concurrence et monopole découlant de la conception libérale d'une économie de marché régulée par le principe concurrentiel. Sous l'influence de Cournot, et plus tard de Walras et de Pareto, la concurrence atomistique (la concurrence pure et parfaite) était devenue la pièce centrale de l'orthodoxie économique¹⁶. Mais la concurrence pure et parfaite n'a jamais été autre chose qu'un idéal type qui, par opposition au monopole, a la « propriété d'interdire à quiconque agit isolément de perturber l'équilibre du marché et de fausser les prix »¹⁷. En fait, en matière de droit de la concurrence, tout en se référant à cet idéal, les États sont toujours restés fort pragmatiques. L'application de règle de la raison, notamment aux États-Unis, ou la référence à la taille du marché, comme ce fut le cas pour le Canada, ont permis une application souple des lois, sans que cela vienne cependant remettre en question la présomption forte de risques d'abus de position dominante, consécutive à l'apparition de situations oligopolistiques sur les marchés.

Mais, alors que la littérature théorique traditionnelle associait efficience et atomicité du marché, les nouvelles approches développées à partir des années soixante-dix considéreront que le lien entre les deux n'est pas automatique. Sous l'influence de Coase, pour qui les options institutionnelles ne se limitent pas au marché et à l'intervention étatique, la littérature va

¹⁴ Il faut mentionner qu'au Canada, la question du libre-échange avec les États-Unis a été très importante et que la politique nationale adoptée suite aux échecs des négociations commerciales avec les États-Unis fut montrée du doigt pour expliquer le développement des comportements anticoncurrentiels.

¹⁵ Les débats étaient marqués par la confrontation de deux principes, celui de liberté et celui d'équité. L'insatisfaction populaire devant la formation de trust et l'émergence de grandes puissances économiques posait la question de la protection des intérêts des petits producteurs et des consommateurs, et de l'intérêt public en général. En outre, se posait la question du pouvoir politique soumis au pouvoir économique et des dangers que cela soulevait pour la démocratie.

¹⁶ Sur l'origine du concept de concurrence pure et parfaite, voir M. Blaug, "Competition as an End-State and Competition as a Process", dans B. C. Eaton et R. G. Harris (dir), *Trade, Technology and Economics. Essays in Honour of Richard C. Lipsey*, Cheltenham, Edward Elgar, 1997, pp. 241-263.

¹⁷ A. Bienaymé, *Principes de concurrence*, Economica, Paris, 1998, p. 13.

commencer à considérer à partir des années soixante-dix que la concentration économique peut être envisagée sous l'angle de l'internalisation¹⁸. Comme l'entreprise est une organisation qui s'adapte à son environnement, qu'il s'agisse du changement technologique ou des imperfections du marché, les grandes organisations « se voient reconnaître une plus grande efficacité, non seulement de tirer pleinement parti des économies de production, mais également de substituer des relations internes efficaces à des relations externes marquées par de mauvaises informations »¹⁹. L'argument est maintenant largement reconnu, et la plupart des politiques de la concurrence accordent une importance aux objectifs d'efficacité, certains pays ayant même introduit la défense d'efficacité dans les textes de lois ou dans les lignes directrices relatives aux fusions²⁰. Dans cette perspective, l'examen des situations de concurrence doit passer par un bilan économique, c'est-à-dire par la comparaison des effets anticoncurrentiels que peut engendrer une situation d'oligopole ou de pouvoir de marché avec les gains en efficacité que l'entreprise peut tirer de sa taille²¹.

Une seconde ligne d'influence viendra de l'école dite « de Chicago-UCLA ». Apparentant le processus concurrentiel à un mécanisme de sélection naturelle de type spencérien, seuls ne survivant que les plus aptes, celle-ci introduira l'idée que la concentration économique devait non seulement être associée à l'idée d'efficacité supérieure²², mais également être examinée avec d'autant plus de tolérance selon les tenants de cette école, que le « marché pertinent » pour examiner la concurrence n'est plus nécessairement le marché national, voire régional, mais plutôt le marché mondial. Autrement dit, à partir du moment où le marché pertinent n'est plus le marché national mais le marché mondial, ce sont les conditions de concurrence prévalant sur ce marché qui détermineront la taille d'efficacité des entreprises, auquel cas ce qu'il est important d'examiner, c'est la taille requise pour rencontrer les exigences de la concurrence sur le marché mondial, d'une part, et le degré de « contestabilité » du marché national, voire du marché mondial lui-même comme c'est de plus en plus le cas, d'autre part. L'apport de la théorie des « marchés contestables »²³ est, ici, fondamental : le niveau de concurrence réelle sur un marché est une chose, le niveau de « contestabilité » de ce marché en est une autre. Sur un marché monopolistique, les abus de position

¹⁸ R. H. Coase, "Law and Economics at Chicago", *Journal of Law and Economics*, vol. 36, avril 1993, pp. 239-250; R. H. Coase, "The Nature of the Firm", *Economica*, vol. 4, 1937 pp. 386-405.

¹⁹ P. Bianchi, "Politique antitrust et politique de la concurrence dans le contexte européen", 2^{ème} partie, *Revue d'économie industrielle*, vol. 60, 1991 ; 1^{ère} partie, *Revue d'économie industrielle*, vol. 59, p. 21.

²⁰ Le Canada prévoit la défense d'efficacité avec une approche du bien-être total (qui considère la perte économique pour l'ensemble de l'économie canadienne) dans le cadre des dispositions sur les fusions. Malgré l'absence de ce type de défense dans les textes de loi, les autres pays et l'Union Européenne ont fait preuve de pragmatisme. Les lignes directrices américaines en matière de fusions ont, depuis 1982, graduellement renforcé l'importance des critères d'efficacité.

²¹ O. E. Williamson, *Antitrust Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1987.

²² H. Demsetz, *Economic, Legal and Political Dimensions of Competition*, Amsterdam, New York, North Holland, 1982 ; H. Demsetz, "Industry Structure, Market Rivalry and Public Policy", *Journal of Law and Economics*, vol. 16, 1973, pp. 1-9.

dominante sont toujours possibles, mais le risque qu'une telle situation se présente est néanmoins circonscrit par l'autodiscipline des marchés face à la menace de voir entrer à tout moment de nouveaux arrivants. Et à partir du moment où la concurrence peut venir de n'importe où, ce qui serait le cas aujourd'hui avec la globalisation, rien n'interdit de penser, non seulement que la formation d'entreprises de grande taille est une question de survie sur des marchés devenus mondiaux, mais également que le consommateur y trouve son compte pour autant que les marchés soient contestables. L'accent mis sur les objectifs d'efficacité dynamique, c'est-à-dire principalement sur l'innovation, est aussi un facteur important. Il contribue à assouplir le droit sur la concurrence dans la mesure où l'on considère que les changements technologiques rapides remettraient sans cesse en cause la durabilité des positions dominantes (mis à part la question des brevets) et favoriseraient la contestabilité des marchés, mais aussi et parallèlement que le regroupement d'entreprises et la coopération en matière de R&D entraînent des progrès technologiques dont les consommateurs ne peuvent que profiter.

La boucle est ainsi bouclée. S'inscrivant dans la « longue trajectoire qui conduisait à justifier comme “naturelles”, dans le cadre de la théorie néo-classique, certaines conditions de monopole »²⁴, la littérature économique contemporaine de la concurrence viendra en quelque sorte justifier, au nom de la défense d'efficacité, la formation d'entreprises de grande taille compétitives à l'échelle mondiale. En somme, contrairement à une idée reçue, ce ne serait pas « small is beautiful » mais plutôt, « big is beautiful ». En renouvelant de la sorte le débat sur la concurrence, cette littérature apporte de l'eau au moulin autant à ceux pour qui il faut d'abord faire confiance au marché, qu'à ceux pour qui la globalisation doit d'abord rimer avec compétitivité²⁵.

4. Du droit de la concurrence aux politiques de compétitivité

Les politiques de la concurrence, généralement perçues comme une « anti-politique industrielle », ont en effet été révisées en profondeur et considérablement assouplies au nom de la défense d'efficacité et de compétitivité²⁶. La seconde conséquence, plus inattendue, sera le fait que les politiques de la concurrence, qui ne s'appliquaient jusque-là qu'au marché national, seront renforcées vis-à-vis de l'extérieur et surtout s'internationaliseront, chaque pays s'arrogeant le droit d'examiner et de sanctionner les pratiques étrangères, des entreprises comme des États, qui vont à l'encontre de la concurrence et, ce faisant, de l'intérêt public.

²³ Un marché contestable est défini par: 1) la similarité de conditions de coûts pour les firmes établies et les concurrents potentiels; et, 2) la possibilité d'entrée et de sortie sans coûts irrécupérables. Voir W. Baumol, J. Panzar et R. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

²⁴ Bianchi, *op. cit.*, p. 20.

²⁵ Voir à ce sujet, le numéro spécial de la *Revue de la concurrence et de la consommation* de mars-avril 1996, notamment l'article d'Alain Bienaymé, "La problématique du sujet".

²⁶ B. Bellon, "Les politiques industrielles américaines: vers un modèle de politiques industrielles de marché", *Revue d'économie industrielle*, no. 71, 1995, 1^{er} trimestre, pp. 61-78.

De fait, ce que l'on observe, c'est que la compétitivité devient l'un des objectifs principaux du droit de la concurrence, alors que les États Nations cherchent à promouvoir le développement d'industries compétitives dans un marché de plus en plus global. Généralement, la centralité du droit de la concurrence sur l'arbitrage des intérêts des producteurs et des consommateurs est reléguée au second plan, derrière les objectifs d'efficacité et de compétitivité. Il s'agit de ne pas faire obstacle aux restructurations en adoptant une approche trop rigoureuse, mais plutôt de prendre en ligne de compte toutes les dimensions, notamment le fait que la concurrence déborde aujourd'hui du cadre des frontières nationales²⁷.

D'une manière générale également, les gouvernements ont sensiblement assoupli leurs législations et adoptent une attitude beaucoup plus tolérante que jusqu'ici à l'endroit des fusions et des alliances stratégiques. Cette tolérance est d'autant plus grande que ces fusions et alliances sont présumées être un moyen pour les entreprises d'améliorer la productivité, la recherche et l'innovation, ainsi que l'accès aux marchés étrangers²⁸. On infère parallèlement que la concurrence potentielle des entreprises étrangères exercera un contrepoids salutaire sur le marché interne. En fait, si, dans le premier cas, faute de disposer de toute l'information disponible, les tribunaux ne peuvent pas vraiment décider « objectivement » en matière de fusion, dans le second, ils sont plutôt portés à évaluer de manière fort pragmatique la notion de « rivalité suffisante » sur le marché. Pour autant que le marché demeure potentiellement ouvert à la concurrence internationale et que les barrières institutionnelles à l'entrée soient levées, on préfère s'en tenir, faute de mieux, à la « règle de la raison » et au « cas par cas », quitte à se rabattre, au niveau international, sur le vieux principe

²⁷ La loi canadienne sur la concurrence, modifiée en 1986, est à cet égard fort significative de ce changement d'approche puisqu'elle ne place plus désormais l'intérêt du consommateur qu'au quatrième rang des objectifs poursuivis, qui sont dans l'ordre suivant : 1. Stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie ; 2. Améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux, tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada ; 3. Assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne ; et 4. Assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. Les changements apportés à la loi traduisent le fait qu'il s'agit dorénavant, d'une part, d'aller dans le sens d'un modèle économique orienté sur la croissance des exportations et sur la présence des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux et, d'autre part, d'élargir l'espace de liberté des entreprises, sans que ceci ne porte préjudice et aux partenaires commerciaux du Canada et aux consommateurs canadiens. Ce changement d'approche est aussi très visible ailleurs, et notamment aux États-Unis où l'on considère de plus en plus la concurrence dans une perspective qui déborde du marché américain. Depuis 1995, d'importants débats ont été ouverts aux États-Unis au sujet de l'approche à adopter en matière de concurrence dans un contexte de globalisation économique et du rôle que doit jouer la coopération internationale. Voir United States of America "Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High Tech Global Marketplace", *Antitrust and Trade Regulation Report*, Special Supplement, 70, 1765, 1996, Washington D.C., United States Government Printing Office.

²⁸ Un argument souvent avancé pour justifier une intervention « prudente » dirait Krugman de la part des pouvoirs publics a trait aux rentes qui découlent des rendements d'échelle croissants. Cet argument a été développé par Brander et Spencer. Les spécialisations internationales ne reposent plus tant sur les avantages comparatifs que sur la capacité des pays de tirer avantage des effets dynamiques, sur le plan des rendements d'échelle et de la différenciation des produits notamment, que permet l'accès à des marchés plus larges. Les pouvoirs publics sont amenés à intervenir pour aider les producteurs nationaux à se développer et à atteindre les tailles d'efficacité qui leur permettront de capter les rentes de situation que procurent aux entreprises déjà établies les rendements croissants. Voir à ce sujet Douglas A. Irwin, *Against the Tide. An Intellectual History of Free Trade*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

de courtoisie qui veut qu'un État s'abstienne volontairement d'agir lorsque ses interventions risquent de menacer les intérêts d'un autre État²⁹ !

Le problème, c'est qu'à partir du moment où les gouvernements se sont donnés pour mandat d'arrimer la croissance économique nationale à l'insertion compétitive de l'économie dans l'économie mondiale, le commerce, la concurrence et l'investissement forment un trinôme indissociable et les politiques s'y rapportant participent d'une forme renouvelée de mercantilisme, offensif et stratégique, que nous pouvons appeler « compétitivisme »³⁰. De surcroît, il revient également aux États de voir à ce que les intérêts nationaux, désormais portés par les investissements à l'étranger et d'une manière générale par l'ensemble du « secteur extérieur », nouveau moteur de la croissance économique, ne soient pas non plus affectés par les pratiques déloyales des concurrents, entreprises et États confondus. Aussi, l'assouplissement observé des politiques de la concurrence se double d'un autre phénomène : l'internationalisation des politiques de la concurrence.

Le fait est les États ont de plus en plus tendance à élargir la portée juridictionnelle de leurs législations, ne serait-ce qu'en raison d'une frustration grandissante que ce soit à l'égard de la mise en œuvre effective des politiques de concurrence étrangères, des considérations stratégiques qui traversent l'application des lois nationales ou encore des effets d'une transnationalisation qui tend à échapper aux normes de la gouvernance traditionnelle. Il s'agit de protéger le marché domestique contre les pratiques anticoncurrentielles étrangères, mais aussi, plus récemment, particulièrement dans le cas des États-Unis, de défendre les intérêts des entreprises sur les marchés internationaux³¹.

²⁹ Deux extraits du rapport de l'OMC illustrent l'écart qui peut séparer la théorie des faits : « Il n'existe pas de modèle global de la concurrence imparfaite qui puisse guider dans tous les cas l'action des responsables de la concurrence. L'analyse doit tenir compte à la fois des concurrents potentiels et des concurrents effectifs, des gains d'efficience qui peuvent découler des pratiques commerciales restrictives, des conséquences des décaissements en matière de concurrence sur la croissance économique, etc.. Et si certains types de comportements anticoncurrentiels flagrants comme la fixation des prix et la segmentation horizontale des marchés, devraient selon la plupart des observateurs être interdits en soi, un grand nombre de décisions doivent se fonder sur la règle de la raison. » (OMC, 1997, *op. cit.* p. 56). « Le risque de décisions préjudiciables au bien-être des partenaires commerciaux est particulièrement grand dans le cas d'une approche fondée sur le bien-être national total, selon laquelle l'efficience des producteurs nationaux compense les coûts pour les consommateurs. Mais, même lorsque le bien-être des consommateurs est un facteur prédominant, il peut y avoir divergence entre les effets sur le bien-être national et les effets sur le bien-être à l'étranger, l'exemple le plus frappant à cet égard étant les ententes à l'exportation. » (OMC, 1997, p. 37). Voir OMC, *Rapport annuel 1997*, volume 1, *Dossier spécial : Le commerce et la politique de la concurrence*, Genève, 1997.

³⁰ Graz parle de mercantilisme transnational. Notre expression nous semble plus appropriée au contexte actuel marqué par la généralisation du principe concurrentiel et la poursuite de la compétitivité. L'exemple le plus flagrant est sans aucun doute celui des cartels à l'exportation. En clair, les lois nationales exemptent les cartels à l'exportation formés sur le marché national, mais s'appliquent par contre aux cartels à l'exportation d'entreprises étrangères, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes. Des propositions ont été faites en vue d'éliminer les exemptions pour les cartels à l'exportation, mais ces dernières suscitent toutefois une grande résistance, notamment au Canada où l'exemption des cartels à l'exportation est justifiée en vertu du critère d'efficacité, mais aussi pour des raisons qui tiennent à l'importance pour l'économie canadienne des exportations, de matières premières en particulier. Notons qu'en mars 1998, une recommandation de l'OCDE aborde les ententes « injustifiables », mais sont exclus les accords qui sont liés à la réalisation d'éléments d'efficience, qui sont exemptés ou autorisés par les lois nationales.

³¹ L'application des lois antitrust américaines est maintenant autorisée lorsqu'il est question de l'accès des entreprises américaines aux marchés étrangers. Depuis, 1982, le *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* définit les compétences des autorités américaines au niveau international. Au départ, il était requis d'établir si les pratiques avaient des effets sur les consommateurs ; depuis 1992, il n'est plus nécessaire de répondre à cette exigence. En 1995, une cour fédérale d'appel a confirmé, dans une affaire relative à une entente de producteurs japonais de papier pour télécopieur, que le ministère pouvait poursuivre des comportements anticoncurrentiels qui ont des effets sur le commerce des États-Unis.

Avec le résultat que le renforcement des lois contre les pratiques anticoncurrentielles étrangères provoque, en retour, le développement de mécanismes de défense contre l'application unilatérale de lois étrangères³². Le cas des fusionnements illustre clairement le problème : les autorités ont de plus en plus tendance à les encourager lorsqu'il s'agit d'entreprises nationales mais, par contre, elles cherchent à les bloquer lorsqu'elles jugent que l'impact de l'opération sur la concurrence interne est négatif. Les controverses sont d'autant plus significatives que les fusions internationales se multiplient, que plusieurs systèmes de lois s'appliquent³³, et, surtout, que l'application extraterritoriale des lois antitrust remet en cause le principe de souveraineté nationale.

Mais ce n'est pas tout : comme s'en inquiète l'OMC³⁴, si les marchés internationaux sont de plus en plus « ouverts », les entreprises font face à de nouveaux obstacles : réseaux de distribution fermés, alliances stratégiques, manque de transparence dans les réglementations et leur application, etc.... Comme le note Ostry,³⁵ « la nouvelle arène internationale se trouve désormais à l'intérieur des frontières ». Il n'en demeure pas moins que les négociations commerciales butent actuellement sur les conditions de la concurrence qui existent à l'intérieur des frontières nationales et affectent les conditions d'entrée de la concurrence étrangère sur les marchés « domestiques ». Certaines pratiques publiques mais aussi privées peuvent contredire l'existence d'un régime commercial libre-échangiste. C'est d'ailleurs ce que les États-Unis ont tenté de faire valoir à l'OMC dans l'affaire Kodak-Fuji lorsqu'ils se sont plaints du fait que le Japon tolérât une structure de marché laissant libre cours aux pratiques anticoncurrentielles de Fuji visant à bloquer les exportations de Kodak vers le marché japonais de pellicules photographiques. Un autre cas maintenant célèbre, qui fait intervenir l'aide publique, est le différend qui oppose le Brésil et le Canada depuis 1997 dans le

³² Par exemple, la loi canadienne comporte des dispositions spécifiques pour bloquer les jugements étrangers et l'application de mesures antitrust étrangères qui sont contraires aux intérêts du Canada. Aussi la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* vise toute mesure extraterritoriale qui a des incidences sur la concurrence, sur l'efficacité du commerce et de l'industrie au Canada, et sur le commerce international.

³³ Dans le cas DeHavilland/Aerospatiale-Alenia, en 1992, l'Union Européenne a ainsi bloqué la transaction que le Canada avait autorisée. Depuis, l'Union Européenne s'est opposée à plusieurs transactions « étrangères » notamment dans le cas Boeing-McDonnell Douglas ou encore dans le cas WorldCom/Sprint, bien que dans le premier cas, une solution ait été trouvée et que dans l'autre cas, les États-Unis se soient aussi opposés à la fusion. En juillet 2001, elle s'est là encore opposée au rachat de Honeywell par General Electric après avoir émis de fortes réticences quant aux effets de cette transaction sur la possibilité que General Electric puisse imposer ses moteurs et son avionique par le biais de son rôle financier dans les contrats aéronautiques que lui procure GE Capital Aviation. Le blocage de cette opération entre deux entreprises américaines provoquera sans doute le durcissement de l'attitude américaine face à l'Union Européenne et des débats importants sur la coopération en matière de concurrence déjà bien établie entre les autorités européennes et américaines. Un réseau international sur la concurrence a été créé à l'automne 2001 afin de favoriser l'efficacité des lois et l'émergence de « bonnes » pratiques.

³⁴ Voir OMC, *Rapport annuel 1997*, volume 1, *Dossier spécial : Le commerce et la politique de la concurrence*, Genève, 1997. Voir aussi US Department of Justice, *International Competition Policy Advisory Committee Report, 2000* (www.usdoj.gov/atr/icpac) qui traite notamment des problèmes d'accès des entreprises américaines liés à la concurrence.

³⁵ S. Ostry, « Au-delà des frontières : le nouveau champ de la coopération internationale », dans OCDE, *Les industries stratégiques dans une économie globale : questions pour les années 90*, Paris, OCDE, 1991, p. 97.

domaine de l'aérospatiale³⁶. Ces deux exemples, parmi d'autres³⁷, illustrent à quel point les différences structurelles entre les marchés et les politiques gouvernementales sont désormais au centre des problèmes d'accès au marché. Ils montrent aussi que le libre-échange n'est pas un substitut au droit de la concurrence, mais qu'au contraire, celui-ci soulève plus que jamais le problème du contrôle des pratiques anticoncurrentielles à d'autres niveaux que le niveau national : l'enjeu consiste à éviter que la politique commerciale et la politique de la concurrence ne se contredisent, d'où l'intérêt d'en arriver à un accord sur les mesures anticoncurrentielles qui touchent au commerce (MAC).

Plus généralement, il est question de faire en sorte que les États prennent en considération les effets directs et indirects que les politiques économiques pourraient avoir sur la concurrence, de faire de la politique de la concurrence un élément clé de l'élaboration des politiques économiques et d'appliquer le droit de la concurrence aux pratiques anticoncurrentielles d'une manière cohérente³⁸. Certains accords de l'OMC, notamment celui sur les télécommunications de base et celui portant sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, ont d'ailleurs incorporé des mesures relatives à la concurrence. Mais l'approche reste très circonscrite et rien n'indique, pour le moment encore, que les États soient prêts à s'engager trop loin dans l'élaboration de règles communes. Il est fort significatif d'observer que, dans le cas des Amériques, il n'est aucunement question d'aborder la question de cette façon.

5. Deux modèles et au-delà

Au contraire, l'approche qui a été retenue dans les Amériques est de préserver la double autonomie, celle des États et celle des marchés, ce qui, au demeurant, correspond tout à fait au point de vue des États-Unis en la matière, soit de laisser jouer la concurrence entre les entreprises mais également entre les politiques publiques. Tout au plus l'ALÉNA comporte-t-il un chapitre particulier traitant de la concurrence, le chapitre 15, qui demande aux États de favoriser la concurrence, cela en appliquant les lois nationales existantes, et de coopérer entre eux. Un groupe de travail a aussi été mis en place afin d'étudier certaines questions, notamment les liens entre politiques commerciales et politiques de la concurrence et la question des fusions internationales. Parallèlement, un travail se fait pour rapprocher les législations et réglementations canadiennes et mexicaines de celles des États-Unis dans de nombreux domaines, et des ententes bilatérales de coopération ont été signées entre les États-Unis et ses deux voisins, dans le but de faciliter l'échange d'informations entre les autorités responsables de l'application des lois de la

³⁶ Le Canada s'est plaint des avantages déloyaux de Embraer découlant d'un programme de promotion des exportations tandis que le Brésil s'est plaint des subventions obtenues par Bombardier de la part du gouvernement canadien pour favoriser la R&D.

³⁷ Dans le cas des États-Unis, le rapport du *International Competition Policy Advisory Committee* donne un aperçu des préoccupations des États-Unis en ce qui a trait aux effets des pratiques anticoncurrentielles sur l'accès au marché de leurs partenaires commerciaux. Mentionnons que le Canada a été la cible des États-Unis dans une affaire relative à l'accès aux marchés des périodiques et ceux-ci ont déposé une plainte à l'OMC contre certaines mesures gouvernementales canadiennes. L'OMC a conclu en faveur des États-Unis.

³⁸ CNUCED, *Concentration of Market Power and its Effects on International Markets*, New York, Nations Unies, 1993.

concurrence³⁹. Cependant, conformément à l'approche américaine qui est de « niveler le terrain », on retrouve, dans l'accord, des dispositions extrêmement fortes, nouvelles d'ailleurs, en matière d'accès aux marchés publics, de protection de la propriété intellectuelle, d'obstacles techniques au commerce, etc.

On retrouve dans l'ébauche du chapitre sur la concurrence dans les Amériques la même position de principe, à savoir qu'aucune législation ni autorité régionale ne sera établie en matière de concurrence. Et, comme dans l'ALÉNA, on retrouve l'idée de « niveler le terrain » dans les différents domaines jugés prioritaires en matière d'accès aux marchés. Dans la première ébauche d'accord, les dispositions sont essentiellement calquées sur celles de l'ALÉNA. Une innovation, qui reprend l'approche adoptée dans le cas de l'accord de libre-échange entre le Canada et le Costa Rica est d'inclure au sein même de l'accord des dispositions sur les modalités de la coopération internationale qui sont jusqu'ici comprises dans les accords bilatéraux de coopération internationale en matière de concurrence.

Une autre nouveauté vient du fait qu'un comité de négociation particulier a été mis sur pied pour traiter des questions de la concurrence, ce qui est loin d'être anodin, dans la mesure où la majorité des pays n'ont ni loi sur la concurrence ni autorité compétente en la matière. Sur ce point, le mandat de ce comité est clair : chaque pays devra avoir des règles transparentes et disposer d'une autorité responsable en matière de concurrence, ce qui va d'ailleurs dans le sens des efforts récents entrepris par le FMI et la Banque mondiale pour implanter des codes et des règles de conduite en matière de gouvernance. Mais le mandat du comité va plus loin encore : il s'agit de faire en sorte que les dispositions institutionnelles en matière de concurrence incluent, entre autres, les marchés publics, les entreprises d'État et les « monopoles officiels ». Autrement dit, il s'agit de faire entrer dans les législations nationales des dispositions qui font l'objet de chapitres particuliers et, ce faisant, d'amorcer un double mouvement, d'uniformisation des textes, d'une part, et d'emboîtement des dispositions particulières dans une législation cadre dont la portée ira au-delà de toute disposition particulière, d'autre part. Il n'est pas clair cependant si l'accord en restera à faire appel à la bonne volonté des États ou si des contraintes plus fortes seront introduites. À ce sujet, l'ALÉNA exclut le chapitre 15 des affaires qui peuvent faire l'objet du mécanisme de règlement des différends mais il est maintenant question dans les Amériques de développer soit un processus de surveillance des politiques et de leur application soit de permettre un recours au mécanisme de règlement des différends, ce qui, sans remettre en cause l'autonomie des autorités nationales et leurs décisions, permettrait de faire valoir le fait, le cas échéant, que les États ne respectent pas leurs engagements dans le cadre du chapitre sur la concurrence. Autrement dit, le processus de résolution des disputes ne porterait pas sur les affaires et les décisions particulières mais sur le respect des engagements en matière de concurrence qui établissent en quelque sorte un code de « bonnes » pratiques des autorités nationales.

³⁹ Un accord de coopération a été signé par les États-Unis et le Mexique en 2000, sur le modèle signé par les premiers avec le Canada.

En matière de concurrence, le modèle qui s'est développé en Europe communautaire se distingue très fortement du modèle qui se met en place dans les Amériques. En effet, l'Union Européenne (UE) a adopté une approche supranationale en développant des règles communes qui sont appliquées au niveau communautaire. En plus d'aborder les ententes, les abus de positions dominantes ainsi que la concentration, le droit de la concurrence européen s'applique aussi aux aides et subventions des États membres. Les membres de l'UE ont ainsi abandonné certaines compétences qui sont désormais exercées au niveau régional en vue de réduire les risques de pratiques anticoncurrentielles privées et publiques pouvant contredire les objectifs communautaire en matière de libéralisation commerciale et d'intégration régionale. L'émergence d'un droit communautaire en matière de concentration à la fin des années 80, qui a complété l'arsenal juridique européen en matière de concurrence, a véritablement confirmé le pouvoir de la Commission Européenne en matière de concurrence. Les États membres conservaient jusque là un pouvoir incontesté en matière de contrôle de la concentration. Le règlement européen sur la concentration a signifié que les fusions et acquisitions de grande envergure – de dimension européenne – ne faisaient plus partie des domaines de compétence des États membres. Ce modèle de droit supranational requiert des États membres qu'ils s'entendent sur les règles communes qui réduiront l'autonomie des marchés et des acteurs économiques ainsi que sur le degré de souveraineté qu'ils sont prêts à abandonner au profit d'une autorité supranationale.

Par ailleurs, force est aussi de reconnaître que le blocage de certaines fusions internationales par la Commission Européenne, notamment dans le cas Honeywell-General Electric, est aussi un indicateur des différences qui existent entre les deux plus importantes approches en matière de concurrence, l'approche américaine et l'approche européenne. Les États-Unis n'ont pas manqué de dénoncer, outre le caractère discriminatoire de cette décision, l'attitude interventionniste de l'UE et sa méfiance envers les positions dominantes et la concentration. Toutefois, un regard plus objectif du droit européen de la concurrence et de son application, indique que si les sensibilités sont différentes par rapport aux risques de positions dominantes, l'UE a généralement fait preuve d'une grande souplesse dans la surveillance des marchés et le contrôle de la concentration, notamment en fonction des considérations d'efficacité et de compétitivité. D'autre part, au-delà des différences et d'une rivalité certaine, il existe également une volonté de convergence et d'harmonisation vers ce que l'on pourrait appeler une culture globale de la concurrence. Paradoxalement en effet, si l'Union Européenne milite au niveau international pour établir des règles en matière de concurrence et institutionnaliser la coopération internationale, l'approche qu'elle propose toutefois ne vise pas à transposer au niveau mondial le modèle européen. L'UE favorise plutôt une approche d'harmonisation et le développement de principes communs pour guider l'application des politiques de concurrence. De leur côté, plutôt réfractaires à l'idée d'internationaliser le droit de la concurrence, les États-Unis se montrent désormais intéressés aux initiatives internationales permettant de réduire les coûts et les incertitudes des entreprises. Récemment, l'OCDE a créé un Forum global sur la concurrence et plusieurs pays ont, à l'instigation des États-Unis, créé un Réseau international sur la concurrence. À Doha, l'OMC a aussi enclenché le processus en vue d'en arriver à un accord sur la concurrence. Toutes ces initiatives ont en commun de ne pas remettre en cause

l'autonomie des autorités nationales en matière de concurrence, de mettre l'accent sur le développement d'une culture globale de concurrence, particulièrement dans les pays en développement où le droit de la concurrence est inexistant ou récent, et de chercher à créer un environnement juridique plus sécuritaire, prévisible, efficace et non discriminatoire pour les entreprises opérant sur les marchés internationaux.

6. Propos d'étape

Le tour d'horizon que nous venons de faire des débats sur l'investissement et les politiques de la concurrence nous permet de tirer deux constats. Tout d'abord, si le droit de la concurrence a été relâché sous l'influence des nouvelles approches théoriques, il l'a également été pour des raisons plus stratégiques d'efficacité et de compétitivité internationale. En se « désengageant », les États n'ont pas capitulé ; ils ont plutôt changé les paramètres de leurs politiques, et celles-ci visent désormais à orienter et à définir les modalités d'insertion des économies nationales dans l'économie mondiale de la manière la plus favorable possible. Que dans ce nouveau contexte, ce soient surtout les FMN qui tirent leur épingle du jeu, cela ne fait aucun doute ni ne doit trop nous surprendre. Celles-ci cherchent à accroître leur espace de liberté afin de consolider leur présence au sein d'une économie globalisée marquée par des changements technologiques rapides et une contestabilité accrue des marchés. Mais, parallèlement, l'exploitation des différences nationales, voire infra-nationales ou régionales, que viennent paradoxalement exacerber l'ouverture des marchés et les politiques d'attractivité, a aussi pour effet d'offrir aux FMN de nouvelles opportunités d'accroître leur pouvoir oligopolistique, au moins de créer un environnement extrêmement favorable à l'apparition de positions dominantes sur les marchés et au développement d'importants effets d'éviction sur les marchés locaux les plus vulnérables.

Le second constat que nous pouvons faire, c'est que, si l'on assiste à un durcissement des règles nationales face aux pratiques déloyales étrangères et, parallèlement, à une internationalisation des politiques de la concurrence, la quasi absence de règles internationales fait en sorte que l'on assiste à un double phénomène, de multiplication et d'exacerbation des différends entre les pays, mais aussi de multiplication des accords bi- ou plurilatéraux dont l'objet est d'introduire plus de transparence et de trouver les moyens d'uniformiser les législations nationales. Que, là encore, dans ce nouveau contexte, ce soient les pays les plus puissants qui tirent le mieux leur épingle du jeu ne doit pas nous étonner. Le rapport de force joue d'autant en leur faveur que, d'une part, l'accès à leurs marchés fait l'objet d'un marchandage inégal et que, d'autre part, pour eux, l'enjeu principal de la globalisation ne se limite pas à la seule ouverture des marchés, il s'étend à la mise en place d'un environnement institutionnel qui soit favorable au déploiement des activités des FMN sur tous les marchés. En ce sens, l'examen des évolutions dans le domaine de la concurrence montre clairement que la protection de l'investissement va bien au-delà des engagements souscrits et qu'il doit s'étendre également au droit de la concurrence et, d'une manière générale, à l'ensemble des dispositifs législatifs et réglementaires qui touchent de près ou de loin à l'activité des firmes. Ou pour dire les choses plus simplement, l'accès aux marchés passe

dorénavant par un modèle de « bonne » gouvernance qui requiert des États l'ajustement à l'approfondissement du principe concurrentiel et qui suppose aussi, dans son volet privé, l'autodiscipline des marchés et des acteurs privés. C'est du moins ce qui semble se dégager du projet des Amériques et, plus généralement, de l'évolution des discussions au niveau international.

En somme, qu'il s'agisse de l'investissement ou de la concurrence, les préoccupations de compétitivité sont tellement présentes dans les politiques publiques qu'on peut y voir la source de tensions et de dissensions entre des États qui sont ainsi sollicités pour jeter les bases d'un cadre normatif dont on attend qu'il "libère" l'investissement des contraintes nationales à sa circulation et introduise, au nom de la défense d'efficacité, une certaine souplesse dans l'examen des situations et pratiques sur les marchés. Mais en même temps, puisque les économies nationales sont de plus en plus traversées par les flux et réseaux transnationaux et que les politiques économiques nationales et internationales sont de plus en plus liées, les États se présentent, à des degrés différents certes, comme de puissants « acteurs oligopolistiques » capables d'affecter la dynamique concurrentielle et les règles du jeu, du moins de faire évoluer l'une et l'autre dans un sens qui soit favorable autant aux entreprises qu'aux économies nationales. L'une des conséquences les plus visibles de cette « transformation », est que la concurrence ne se joue pas seulement d'entreprise à entreprise, mais également d'État à État et d'État à entreprise⁴⁰.

LE RÉGIONALISME COMME VOIE OBLIGÉE OU COMME MODÈLE ?

On se trouve donc devant des États qui prennent acte des liens de plus en plus complexes et paradoxaux entre l'environnement national et la croissance des entreprises, qui sont caractéristiques de la dynamique concurrentielle inhérente à la globalisation économique. Les gouvernements sont devenus beaucoup plus sensibles aux effets de leurs politiques sur les stratégies corporatives en matière d'investissement de même qu'aux interactions multiples qui existent entre la performance des entreprises sur les marchés internationaux et le milieu dans lequel elles évoluent. Si la notion micro-économique de compétitivité soulève de multiples problèmes théoriques lorsqu'elle est étendue au cadre d'une nation⁴¹, on reconnaît aujourd'hui que la compétitivité d'une entreprise

⁴⁰ Parler avec Stopford, Strange et Henley de nouvelle diplomatie commerciale ou de « diplomatie de négociant » n'est donc pas vain, tant les gouvernements se trouvent à appuyer ouvertement leurs entreprises « nationales » dans leurs démarches pour conquérir de nouveaux marchés, que ce soit par le commerce ou par l'implantation sur place, et ce, même si cet appui tend à prendre des formes fort contestables, notamment du point de vue du droit de la concurrence. S. Strange et al. (1991), *Rival States, Rival Firms: Competition for World Market Shares*, Cambridge, Cambridge University Press.

⁴¹ Voir à ce sujet David R. Rapkin et Jonathan R. Strand, "Competitiveness : Useful Concept, Political Slogan, or Dangerous Obsession?", dans D.R. Rapkin et W. L. Avery, *National Competitiveness in a Global Economy*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 1995, pp. 1-20.

dépend non seulement des ressources et du dynamisme qu'elle tire de sa propre organisation, mais également des économies externes qu'elle tire de son environnement.

D'un autre côté, alors que les entreprises visent à accroître leur marge de manœuvre dans un environnement sécuritaire, les États semblent, de leur côté, réticents à l'idée de leur imposer des contraintes. Ceux-ci font ainsi face à deux problématiques contradictoires. D'un côté, ils doivent prendre des mesures pour garantir une concurrence effective sur leur marché national et respecter leurs engagements face au libre-échange. Et, d'un autre côté, ils sont amenés à adopter des approches plus souples en matière de concurrence interne, afin de favoriser la compétitivité des entreprises nationales au sein de l'économie mondiale, en supposant par ailleurs que la contestabilité du marché national sera assurée par la concurrence qui se joue au niveau d'une économie désormais mondiale. Cette contradiction est d'autant plus significative que les États doivent eux-mêmes faire preuve d'autodiscipline, alors qu'il devient plus impératif, et donc justifié, de développer de nouveaux moyens pour favoriser la compétitivité des entreprises et du territoire. Le résultat en est que cet objectif pousse les États à développer des stratégies qui sont parfois irréconciliables avec la suppression des pratiques déloyales et le contrôle de la concentration. Chose certaine, les interactions qui existent entre les stratégies des entreprises et celles des gouvernements suggèrent qu'il s'avère difficile de parvenir à réglementer les pratiques anticoncurrentielles, tant et aussi longtemps que les entreprises et les États refuseront de voir leur marge de manœuvre réduite.

Les États reconnaissent bien évidemment l'importance, sinon l'urgence de la coopération internationale, maintenant que l'on assiste, d'un côté, à l'émergence de positions dominantes sur les marchés et à l'apparition de pratiques anticoncurrentielles qui échappent aux règles de la concurrence, et de l'autre, à des formes nouvelles de rivalité systémique entre eux⁴². Dans le domaine de la concurrence par exemple, on observe que les États font de plus en plus usage du principe de courtoisie⁴³ et que certains accords de l'OMC ont incorporé certains principes de concurrence, notamment l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), celui sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et celui sur les télécommunications de base. Les travaux s'orientent également vers un accord-cadre sur les mesures anticoncurrentielles touchant au commerce (MAC) qui mettrait de l'avant des principes et des procédures de base. Mais au-delà de ces mesures et des quelques propositions qui ont pu être faites pour établir des règles internationales en matière de

⁴² Nous préférons parler de concurrence systémique, et non pas, comme Sylvia Ostry, de « frictions systémiques ». Pour les partisans de la thèse de la convergence, l'émergence d'une société civile mondiale s'inscrirait dans la dynamique même de la globalisation, une dynamique qui s'inscrit elle-même dans la mouvance d'une intégration et d'une interpénétration toujours croissantes des espaces sociaux. Vus sous cet angle, les problèmes de coexistence encore difficile des espaces nationaux au sein d'une économie mondiale de plus en plus homogène deviennent de simples problèmes de friction.

⁴³ Ce principe limite les effets extraterritoriaux de l'application des politiques de la concurrence qui pourraient être préjudiciables aux entreprises étrangères et aux partenaires commerciaux et il peut réduire les conflits internationaux. Depuis quelques années, le principe de courtoisie positive permet aussi de coopérer dans l'application des dispositions de la politique de la concurrence et non plus simplement de restreindre leur application. L'application de ce principe reste volontaire et dépend de l'esprit de coopération qui existe entre les autorités nationales concernées.

concurrence⁴⁴, rien de très concret n'a vraiment abouti jusqu'à présent, dans la mesure où les négociations multilatérales butent sur des problèmes quasiment insolubles, tant les institutions et les règles internationales existantes sont datées et inadaptées, à commencer par l'OMC qui ne traite ni de l'investissement ni de la concurrence.

Il est désormais évident que les négociations internationales, particulièrement à l'échelle régionale comme c'est le cas dans les Amériques, portent de plus en plus sur les cadres normatifs d'une intégration en profondeur, fondée sur les réseaux transnationaux, et non plus sur une intégration qui repose sur les États et les flux commerciaux. Ces nouveaux cadres normatifs devront trouver une solution au dilemme suivant. Ils devront, d'une part, répondre aux demandes des entreprises, lesquelles sont orientées vers plus de protection et de liberté, ce qui favorise l'émergence de positions dominantes sur les marchés mondiaux et remet en question l'autonomie des États. Et, d'autre part, ils devront prendre acte du fait que les États souhaitent attirer les investissements et mieux se positionner dans une économie globalisée, ce qui engendre de nouveaux conflits et accentue les inégalités entre les États. Le problème est en quelque sorte d'effectuer les arbitrages qu'impose un triangle impossible en économie politique internationale, qui consiste à conjuguer l'autonomie des marchés, la régulation internationale et la souveraineté des États.

1. 1. Le triangle de la coopération économique internationale

Le triangle d'incompatibilité en économie politique internationale nous permet en effet de supposer que les formes que prendront les nouveaux cadres normatifs s'inscriront à l'intérieur de l'un ou l'autre des deux grands modèles suivants⁴⁵. Le premier modèle, que nous pouvons qualifier de légaliste, qui consiste à subordonner la liberté des acteurs privés et publics au respect du bien commun (ce qui implique la formulation d'un droit fondé sur des règles, normes et standards qui reposent, eux-mêmes, sur des valeurs partagées et qui ont préséance sur l'autonomie décisionnelle des acteurs publics et privés). Quant au second, il en appelle à l'autodiscipline et à l'établissement de codes de conduite (*soft law*) pour gérer les risques systémiques liés à l'exercice incontrôlé et potentiellement abusif de la liberté.

L'idée du « triangle impossible » est la suivante : si les cadres normatifs doivent s'articuler autour de trois éléments principaux, soit l'autonomie des marchés, la souveraineté des États et

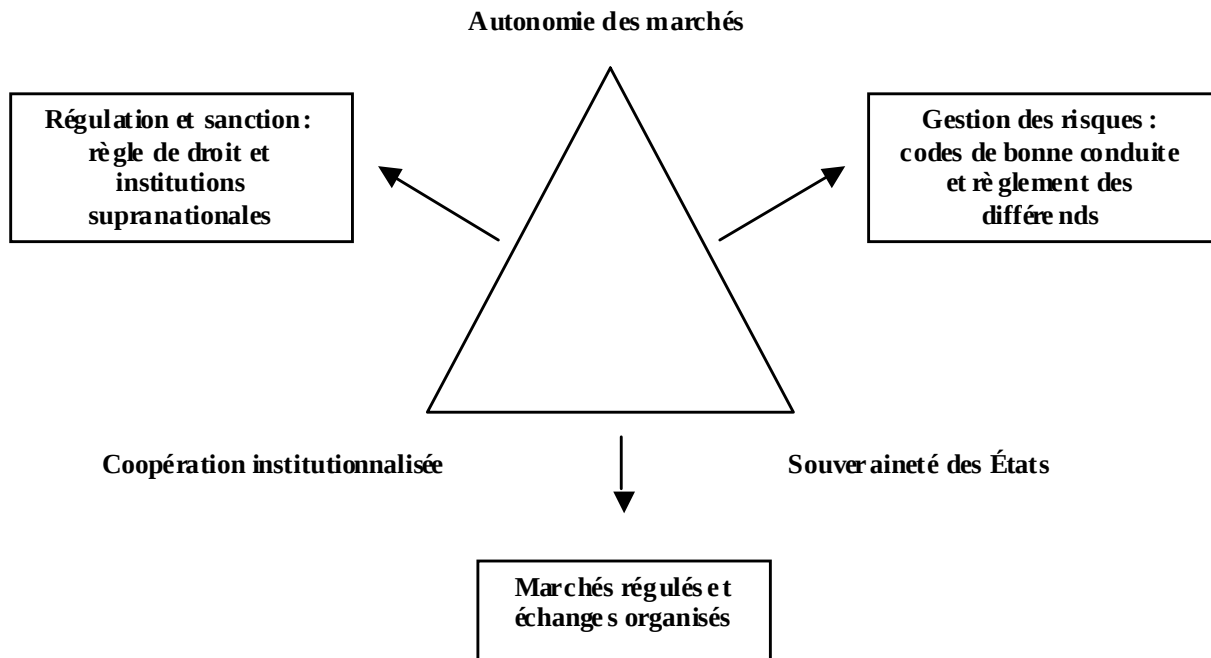
⁴⁴ Ainsi, par exemple, la création d'une autorité antitrust responsable de faire appliquer des règles communes et harmonisées de concert avec les autorités nationales ; la création d'un *International Competition Policy Office* qui obligerait les États à prendre des mesures en ce qui concerne l'élimination des exemptions des cartels commerciaux, l'abus de position dominante sur les marchés internationaux et les procédures d'approbation des fusions ; une coopération bilatérale accrue et l'élaboration d'un accord plurilatéral dans le cadre de l'OMC sur certains principes de base, qui serait mis en œuvre par les autorités nationales. Voir notamment à ce sujet, W. Fickentscher et al (dir.) *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995 ; F. M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World*, Washington D. C., The Brookings Institute, 1994. Commission des Communautés européennes, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, Rapport du groupe d'experts, Bruxelles, Office des publications officielles des communautés européennes, 1995.

⁴⁵ Le triangle est inspiré du triangle monétaire de Robert Mundell.

l'institutionnalisation de la coopération, il est impossible de les réunir tous les trois dans une même option. Autrement dit, on ne peut à la fois réglementer la concurrence, tirer avantage de la globalisation des marchés et préserver la souveraineté des États ; on ne peut coupler que deux éléments sur trois et le couplage se fait nécessairement au détriment du troisième. Une fois éliminée l'option, irréaliste aujourd'hui, du tout contrôle⁴⁶, il ne reste que deux options : soit 1) une coopération couplée à une régulation des marchés, mais qui se fait au détriment de la souveraineté des États et de la liberté des marchés (perte de liberté) ; soit 2) une liberté des marchés couplée à la souveraineté des États, auquel cas la régulation passe par l'autodiscipline des acteurs et l'adhésion à des codes.

Deux problèmes se posent toutefois. Dans le premier cas, il s'agit de déterminer jusqu'où pousser la règle commune, ce qui revient à poser la question de la limite jusqu'à laquelle les acteurs privés et publics sont prêts à aller sur le plan de la perte d'autonomie pour les avantages communs que procure la règle de droit. Dans le second cas, il s'agit de déterminer la limite de l'autonomie des acteurs, ce qui revient à poser la question du risque que l'on est prêt à prendre en laissant aux acteurs privés et publics toute liberté décisionnelle. Ou les États acceptent, au nom de l'intérêt commun, de déléguer à des institutions supranationales le mandat de réguler les marchés et les relations économiques qu'ils entretiennent, mais cette option a un prix : le droit descend, de haut en bas, et la liberté des acteurs se trouve circonscrite par la règle de droit. Ou les États et les marchés conservent leur autonomie, mais le risque, dans ce cas, est de voir apparaître des situations de position dominante, sur les marchés comme entre les États, un risque qu'il reviendra aux acteurs privés et publics de circonscire eux-mêmes par des codes de conduite et des règles de gouvernance.

⁴⁶ Il existe bien une troisième option, celle d'une coopération internationale couplée à la souveraineté des États au détriment de la liberté des marchés, mais nous l'écartons tout de suite puisqu'elle coïncide avec une économie dirigée et des échanges organisés, ce qui nous apparaît loin des options envisagées actuellement.



La première de ces deux options, qui se rapproche du modèle européen, débouche sur un droit international de l'investissement et de la concurrence établi sur le modèle du bien commun, soit le modèle supporté jusqu'ici par les États nationaux. Sur la base d'un consensus sur le degré d'autonomie que les États acceptent de perdre et sur le degré de liberté qu'ils sont prêts à enlever aux marchés et aux acteurs privés, il s'agira alors de gérer le détournement des règles par les États (concurrence déloyale) et les entreprises (pratiques anticoncurrentielles et positions dominantes), en disposant d'institutions supranationales appropriées.

Dans l'autre option, qui correspond à l'approche défendue par les États-Unis et à la situation qui prévaut généralement au niveau international, il s'agira plutôt de circonscrire le risque de marché et le risque souverain en développant des codes de conduite et de gouvernance (privée et publique), voire de mettre en place des mécanismes juridiques, comme les mécanismes de règlement des différends, par exemple, qui veilleront au respect des engagements pris. Dans ce cas, les États doivent pouvoir dégager un consensus sur les règles minimales ou les mécanismes de gestion des risques dont il convient de doter les marchés et les relations inter-étatiques, tout en préservant l'autonomie des marchés et des acteurs privés, mais aussi celle des États en conformité avec le principe de souveraineté nationale. C'est en quelque sorte à la raison et à la modération des acteurs qu'on en appelle ici plutôt qu'à la raison supérieure du bien et de l'intérêt communs. Les récents débats autour du nouveau code prudentiel des banques que s'efforce péniblement d'établir le Comité de Bâle montrent cependant à quel point même là, il est bien difficile d'établir des règles, aussi minimales soient-elles.

Il convient de souligner que les arbitrages qui caractérisent les deux options impliquent des cadres normatifs et des modes de régulation des pratiques complètement différents. Il est bon

d'aborder séparément les deux domaines de régulation, l'un économique et l'autre politique. Sur le plan économique, il faut définir lequel des principes de concurrence ou d'organisation doit réguler l'économie afin d'assurer stabilité et efficacité (État-firme), mais aussi à quel niveau il convient d'aborder l'arbitrage entre régulation et autonomie des marchés ou des acteurs privés, qui, eux-mêmes mettent en œuvre des pratiques qui vont à l'encontre du principe concurrentiel. Sur le plan politique, il faut choisir entre le principe de souveraineté et celui d'intérêt commun, mais cette entreprise repose en fait sur le type de rapports qui est privilégié dans le domaine économique, c'est-à-dire que si l'autonomie des marchés est préférée à la régulation, ce sera généralement le principe de souveraineté, qui correspond à une logique de cavalier seul, plutôt que le principe d'organisation, qui caractérisera le cadre normatif des échanges internationaux.

La dynamique actuelle joue actuellement en faveur de l'autonomie des acteurs, qu'ils soient privés ou publics, avec une nette emphase sur le principe concurrentiel. Les contraintes pour les acteurs sont de moins en moins inscrites au niveau national et il existe en la matière un vide institutionnel au niveau international. Même si certains reconnaissent que les FMN posent des problèmes de concurrence⁴⁷, le consensus qui se dégage, notamment au sein de l'OCDE, est plutôt qu'il faut améliorer les conditions de la concurrence sur les marchés internationaux, ce qui demande que priorité soit accordée à l'harmonisation des règles en matière de protection de l'investisseur et de son investissement⁴⁸. Il en est de la concurrence comme de l'investissement international, le temps des contrôles nationaux ou des codes de conduite à caractère contraignant qui en appellent aux devoirs des États comme des entreprises est aujourd'hui révolu. L'approche mise plutôt sur l'autodiscipline des acteurs privés, sur le respect des lois nationales existantes et sur la coopération internationale pour améliorer l'efficacité des lois nationales, autrement dit sur la coopération volontaire, entre les États mais aussi entre ces derniers et les FMN⁴⁹. Mais pourquoi en irait-il autrement, dans la mesure où, dans un contexte d'intégration compétitive à l'économie mondiale, ces mêmes États ont adopté à l'égard des FMN et des IDE des stratégies qui visent tout autant à tirer parti de leur présence sur le territoire national⁵⁰ qu'à soutenir, à promouvoir et à protéger les

⁴⁷ Voir CNUCED (2000), *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000: Les fusions et acquisitions et le développement*; CNUCED (1997), *World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, New York et Genève.

⁴⁸ Sur ce point, les positions des deux grands acteurs, les États-Unis et l'Union européenne sont, en pratique, irréconciliables. Les États-Unis sont plutôt favorables à une approche minimaliste fondée sur les lois existantes et les compétences nationales, complétée éventuellement par l'introduction de codes de conduite, alors que de son côté, l'Union européenne préconise plutôt une approche communautaire fondée sur l'application d'un droit communautaire.

⁴⁹ Le modèle en la matière est le Comité de Bâle qui s'efforce d'établir des règles de sécurité financière dans le domaine bancaire en impliquant aussi bien les autorités bancaires nationales que les grandes banques internationales. Toutefois, les banques considérant que l'accord obtenu sur les 25 principes fondamentaux était encore trop exigeant, la mise en application du nouveau code de conduite a été reportée en juillet 2001 et l'on ne prévoit guère d'entente pour le moment même si l'échéance prévue de 2004-2005 reste toujours présente.

⁵⁰ Comme l'écrit l'OMC dans son rapport de 1997, « se laisser entraîner dans une compétition pour attirer un projet d'IDE équivaut à envoyer des fonctionnaires à une vente aux enchères pour faire des offres sur un bien dont la valeur réelle est en grande partie un mystère pour le pays » (OMC, 1997, p. 71).

intérêts nationaux sur les marchés étrangers, et que, parallèlement, on voit émerger un nouvel acteur de droit international, la FMN ? Il devient alors plutôt que d'en appeler au bien commun, c'est plutôt à l'autodiscipline des acteurs qu'on en appelle, autodiscipline qui passe entre autres par le recours aux codes de conduite et à l'application plus informelle de principes comme celui de courtoisie⁵¹.

Posons-nous maintenant la question : étant données les difficultés rencontrées au niveau multilatéral, n'est-il pas préférable de se rabattre sur l'option régionale et d'opérer les arbitrages à ce niveau ? Certes, il s'agit là d'une question des plus pertinentes, mais il est important de considérer que toute option régionale ne saurait se limiter à exister dans une seule région du monde et que, si deux modèles existent et se font actuellement concurrence, l'un est nettement en avance sur l'autre. Ce que nous allons préciser maintenant.

2. Les États-Unis et le régionalisme dans les Amériques

Nombreux sont ceux qui, aujourd'hui, pensent qu'il est possible de trouver dans le régionalisme un élément de réponse à ces différents problèmes et, partant, de redonner vie au multilatéralisme en créant au niveau régional ou plurilatéral des précédents qu'il s'agirait de faire ensuite reconnaître et accepter au niveau multilatéral par tous les membres de l'OMC. L'avantage de la formule est double : d'une part, elle permet de contourner le problème de la négociation entre un trop grand nombre d'États, et, d'autre part, elle revient à octroyer à certains États et à leurs associés le privilège de définir les règles qu'il reviendra ensuite aux autres de respecter⁵². C'est du moins ce qui se passe dans les Amériques où les accords commerciaux, voire de coopération économique, introduisent d'importantes innovations institutionnelles qui laissent à penser que la voie bilatérale, plurilatérale ou régionale peut servir de levier pour faire avancer les négociations à d'autres niveaux. Mais en même temps, comme nous allons le préciser maintenant, il s'agit de ne pas perdre de vue que le modèle qui est mis en place l'est dans un contexte de négociation asymétrique qui laisse peu de marge de manœuvre aux acteurs publics, et d'autre, que l'on ne peut mettre au même niveau dans ces négociations l'agenda commercial des États-Unis et celui des autres pays.

Dans un contexte d'intégration compétitive à l'économie mondiale, l'accès privilégié et sécuritaire à un grand marché apparaît le plus souvent pour un petit pays comme une voie obligée, sinon comme un moyen commode de répondre aux contraintes de cette intégration. Quitte à faire court, c'est la raison pour laquelle le Canada, puis le Mexique, et aujourd'hui tous les pays du continent, à l'exception notable de Cuba, se sont tournés vers les États-Unis. Par contre, pour les États-Unis, à l'origine du projet des Amériques, le problème est différent. Contrairement à ce que dit Bhagwati, le problème n'est pas qu'à leur tour, ils se soient laissés prendre par les sirènes du

⁵¹ Voir les remarques fort intéressantes de Alain Pellet à ce sujet dans : "Vers une mondialisation du droit international", dans S. Cordellier et F. Doutant, *Mondialisation. Au-delà des mythes*, Paris, La Découverte / Les dossiers de l'État du monde, 1997.

⁵² C'est le principe des conventions signées dans le cadre de l'OCDE ou dans le cadre des travaux du Comité de Bâle sur les pratiques bancaires, par exemple.

régionalisme, mais plutôt que celui-ci participe d'une approche qui vise à faire avancer en parallèle et en interaction deux projets, un projet d'intégration hémisphérique et un projet de reconstruction de l'ordre économique mondial⁵³. Le recours systématique aux accords bilatéraux et régionaux vise tout autant à renforcer la position centrale des États-Unis dans l'économie mondiale au travers d'un système d'alliances commerciales à l'image du moyeux et des rayons, qu'à s'en servir comme levier pour étendre un modèle fondé sur la primauté des règles et normes de droit et préparer ainsi la route à des ententes bilatérales ou plurilatérales du même type qui, en s'emboîtant les unes dans les autres, constitueraient le marchepied d'un libre-échange global. À l'intérieur de cette stratégie globale, l'option régionale hémisphérique a très rapidement pris une signification toute particulière. Parce que c'était là que les conditions étaient les plus propices à une initiative de grande envergure qui viendrait en quelque sorte consolider les transformations en cours en faisant de l'intégration économique et de la démocratie le socle d'un nouveau modèle de coopération internaméricaine⁵⁴.

Venons-en maintenant au projet des Amériques et voyons ce qui en fait l'originalité.

À un premier niveau, le projet des Amériques vise à compléter et à élargir la démarche libre-échangiste initiée sur le continent depuis le tournant des années 1980. Il la complète, dans la mesure où les négociations commerciales doivent déboucher sur un accord-cadre qui viendra ainsi consacrer tous les efforts entrepris pour à la fois étendre le libre-échange, réformer les politiques économiques et établir, à l'échelle du continent, des normes institutionnelles propices aux entreprises. Et il l'élargit, dans la mesure où il s'agit d'aller plus loin encore que ce qui n'a été fait jusqu'ici, au travers de l'ALÉNA, et de jeter les fondations d'un nouveau modèle de gouvernance et de coopération panaméricaine qui, à l'intérieur de ce qu'il a été convenu d'appeler la « Communauté des démocraties », doit, entre autres, sanctionner l'autonomie du marché, reconnaître la préséance des droits civils et politiques sur les droits économiques et sociaux et en appeler à la participation de la société civile plutôt qu'à l'État, et partant, contribuer autant à la paix et à la stabilité dans la région qu'à la mise en place progressive d'un espace juridique propre à garantir les droits et la sécurité économique des investisseurs à l'échelle du continent.

On rappellera à ce propos que le plan d'action adopté à Miami n'en comprenait pas moins de 23 initiatives et plus de 150 mesures, regroupées en quatre grands thèmes : (1) la préservation et le renforcement de la communauté des démocraties des Amériques; (2) la promotion de la prospérité par l'intégration économique et le libre-échange ; (3) l'élimination de la pauvreté et de la discrimination dans l'hémisphère ; (4) la garantie d'un développement durable et la conservation de l'environnement naturel pour les générations futures. Si depuis lors, les plans et programmes d'action ont été modifiés et que tous les dossiers n'avancent pas au même rythme, on constatera néanmoins que, pour l'essentiel, les lignes directrices du projet initial demeurent inchangées, ce qui posera inévitablement à un moment ou à un autre la question fort litigieuse des institutions, du moins de la forme que celles-ci prendront. La voie supranationale étant à toutes fins pratiques

⁵³ Voir à ce sujet, Christian Deblock et Gérald cadet, « La politique commerciale des États-Unis et le régionalisme dans les Amériques », *Études internationales*, vol. XXXII, n° 4, décembre 2001, pp. 653-692.

bloquée par les États-Unis eux-mêmes mais également par tous les autres pays qui craignent leur hégémonie, reste donc la voie minimale de la coopération sectorielle et celle des codes de pratique.

À un second niveau, même si, pour le moment encore, il ne s'agit pas d'étendre l'ALÉNA au reste du continent, la stratégie d'alliances commerciales étant d'ailleurs jugée préférable par l'administration présidentielle actuelle, cet accord demeure malgré tout le modèle de référence dans les négociations hémisphériques et par extension, dans les négociations multilatérales⁵⁵.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit plus haut à propos des règles en matière d'investissement et de concurrence. Nous voulons insister sur le fait que l'ALÉNA instaure un droit positif qui limite l'autonomie des États aux clauses de réserve et aux clauses d'exception traditionnelles qui relèvent de l'intérêt public, et d'autre part, sur le fait que cet accord a créé un environnement institutionnel entièrement nouveau qui favorise le passage d'une intégration en surface à une intégration en profondeur, centrée de plus en plus sur une organisation de la production en réseaux et filières. Ceci a entraîné trois conséquences. Premièrement, les FMN, américaines au premier chef, ont consolidé leur emprise sur l'espace économique qu'elles couvrent. Deuxièmement, la polarisation économique sur les États-Unis s'est accentuée, ce dont témoignent, entre autres, la concentration géographique du commerce canadien et mexicain sur les États-Unis et la position stratégique qu'occupent désormais le Canada et le Mexique dans les relations commerciales de ces derniers. Et, troisièmement, une dynamique institutionnelle nouvelle s'est mise en place, au travers des différents comités et mécanismes de règlement des différends, une dynamique qui tend désormais à produire ses propres règles, à s'imposer du haut vers le bas et à court-circuiter les processus démocratiques.

En somme, le projet des Amériques, s'il est mené à terme bien entendu, viendra implanter un modèle d'intégration qui, en sanctionnant l'autonomie du marché, l'égalité de traitement et le droit des entreprises, aura deux effets : le premier, de consacrer le pouvoir des investisseurs étrangers sur tous les autres et, ce faisant, l'ascendant du pouvoir économique étranger sur le pouvoir politique domestique ; et le second, celui de consacrer l'ascendant des États-Unis sur l'espace continental dans un domaine où ils ont toujours dû composer avec les trajectoires nationales de leurs voisins, les règles et les institutions. Dans ces conditions, on voit d'autant plus mal comment le régionalisme peut être une réponse au dilemme de la coopération internationale, voire une réponse à la globalisation ainsi que certains l'ont prétendu. Et ce, d'autant que le modèle qui se met en place dans les Amériques participe d'un projet de reconstruction de l'ordre économique international selon des principes qui visent, sous les fallacieux prétextes d'appliquer le principe du traitement national entre les États et d'étendre la clause de la nation la plus favorisée à l'investissement direct étranger, à faire reconnaître la primauté du droit des entreprises sur tout autre droit et un modèle de gouvernance qui n'est autre que celui que les États-Unis privilégient dans la conduite des affaires économiques comme dans celle des affaires internationales.

⁵⁴ Richard E. Feinberg, *Summitry in the Americas. A Progress Report*, Wahington, Institute for International Economics, 1997.

CONCLUSION

Dans son dernier ouvrage, *The Retreat of the State*, Susan Strange développe la thèse, en porte-à-faux d'ailleurs avec la thèse qu'elle, Stopford et Henley avaient développée dans *Rival Firms, Rival States*, thèse selon laquelle l'État, du moins tel qu'on l'avait envisagé dans un esprit westphalien, c'est-à-dire sinon en tant que seul et unique sujet, du moins en tant que principal acteur de la scène internationale, serait en retrait face à d'autres acteurs de la scène internationale, ceci s'accompagnant de transferts et abandons de pouvoirs et responsabilités. On assisterait selon elle à un triple phénomène : 1) de déplacement du pouvoir vers le haut, depuis les États faibles vers les États forts, dans une extension globale ou régionale qui s'étend au-delà de leurs frontières ; 2) de déplacement latéral du pouvoir depuis les États vers les marchés ; et, 3) d'« évaporation » de certains de ces pouvoirs, en ce sens que plus personne ne serait à même de les exercer.

La thèse est évidemment polémique et s'adresse, comme s'est toujours le cas dans les travaux de Strange, autant à la théorie réaliste en relations internationales et à son modèle stato-centré du « Tout État », qu'aux théories économiques conventionnelles de l'autonomie des marchés. Qu'il y ait recul de l'État, sans doute. Mais encore faut-il expliquer, depuis l'intérieur, comment et pourquoi un tel recul s'opère. D'un autre côté, en n'insistant que sur cette dimension du changement, ne risque-t-on pas de passer trop rapidement à la conclusion que le monde ne fait plus sens, pour reprendre la formule de Zaki Laïdi. La démarche que nous avons suivie jusqu'ici, et qui nous semble plus fructueuse, a consisté à souligner que, tout en participant d'une certaine conception de la modernité libérale qui octroie aux droits économiques individuels un ascendant sur tout autre droit, les États n'ont pas pour autant renoncé aux droits politiques que leur confère leur souveraineté, mais qu'ils cherchent plutôt à concilier les priorités qui sont les leurs avec les contraintes nouvelles qu'impose la globalisation économique.

Lorsque nous avons évoqué le fait que la transnationalisation est un phénomène qui participe du décloisonnement du monde, nous avons, ce faisant, cherché à montrer que, parallèlement à ce décloisonnement, se mettait en place un nouveau modèle d'intégration économique internationale, l'intégration étant plus en profondeur et centrée sur les FMN. Ce nouveau modèle ne se déploie pas dans le vide, mais en prenant appui sur les interactions qui existent entre les espaces économiques nationaux et les réseaux transnationaux des FMN. Intégrés à ces réseaux, les espaces nationaux se trouvent ainsi intégrés les uns aux autres, tout comme ils se trouvent mis en concurrence les uns vis-à-vis des autres, mais selon d'autres modalités que celles que la théorie économique conventionnelle a toujours envisagées. Loin de signifier l'existence d'un espace mondial redéfinissant les éléments constitutifs des économies nationales à l'échelle mondiale (monnaie, marché, production, institutions), la globalisation apporte, au contraire, un nouvel éclairage sur les

⁵⁵ Voir à ce sujet, « U.S. Trade Official Says Work on FTAA Helped Launch WTO Talks at Doha », Wahington File, 21 février 2002

fractures et les inégalités qui font douter de la pertinence de donner de ce phénomène une interprétation qui participerait d'une vision universaliste et homogène⁵⁶.

Tout au long de ces pages, c'est sur l'autre dimension de la globalisation, sa dimension politique, que nous avons fait porter notre attention. La globalisation révèle également la décomposition de l'ordre international d'après-guerre, cédant devant une économie politique néolibérale qui a fait « éclater les cadres nationaux de régulation et (...) ressortir la faiblesse des instances de régulation supranationales »⁵⁷, mais qui a aussi paradoxalement fait émerger de nouvelles pratiques d'acteurs qui vont tout à fait à l'opposé des principes sur lesquels repose cette économie politique et des effets que devraient produire son ancrage dans les politiques et les institutions. Qui plus est, loin de coller aux réalités de la mondialisation et de soutenir une reconstruction des espaces de régulation, le discours libre-échangiste a surtout servi de faire-valoir à des stratégies gouvernementales qui traduisent une double préoccupation, soit de favoriser l'intégration compétitive des économies nationales, d'une part, et de tourner la transnationalisation en leur faveur, d'autre part.

Les FMN ont considérablement élargi leur marge de manœuvre et, avec celle-ci, leur pouvoir de négociation face aux États, ce qui, en retour, a pour effet d'entraîner l'affaiblissement de l'État comme médiateur de la vie en société et son recul comme acteur privilégié de la scène internationale, mais les États ne sont pas demeurés en reste. Au grand dam des défenseurs du « tout marché », l'État est entré de plain-pied dans la globalisation. Développant des stratégies qui ne visent pas tant la protection de l'espace économique national comme c'était le cas jusqu'ici, qu'un mercantilisme adapté à la situation présente, l'État a intégré dans ses politiques publiques les contraintes d'une concurrence devenue globale, au risque de provoquer tensions et dissensions et d'aggraver les fractures et les inégalités à l'intérieur du système économique international.

Les organisations internationales, de leur côté, sont datées et les règles commerciales ne suffisent plus, dans ce nouveau contexte, à contrôler les effets pervers d'une concurrence qui ne se joue plus simplement entre les entreprises sur les marchés internationaux, mais aussi entre les États eux-mêmes. Le triangle impossible de la coopération internationale a le mérite, malgré son caractère forcément schématique, de nous permettre de mieux prendre la mesure des enjeux institutionnels et des arbitrages auxquels il faut procéder pour établir des règles. Deux voies sont possibles, celle de la gestion des risques et celle de la régulation des libertés par le droit. Mais, dans un contexte où les États visent avant tout à attirer les IDE et à promouvoir la transnationalisation des entreprises nationales, et où les entreprises échappent aux contrôles étatiques, il n'est pas surprenant de voir se développer des stratégies visant à soutenir et à favoriser l'émergence de codes de bonne conduite plutôt que des mécanismes contraignants. Le mouvement dans cette direction se trouve renforcé, ainsi que nous avons eu l'occasion de le montrer, par les innovations institutionnelles qui sont introduites à l'échelle régionale, tout au moins à l'échelle de l'hémisphère occidental.

⁵⁶ Voir à ce sujet Suzanne Berger, et Ronald Dore (dir.), *Convergence or Diversity ? National Models of Production and Distribution in a Global Economy*, Ithaca, Cornell University Press, 1997.

Dans le cas européen, les pays membres ont opté, pour le moment encore, pour une régulation des marchés et une coopération accrue, qui visent à établir un droit supranational de l'investissement et de la concurrence élaboré sur le modèle établi du bien commun jusqu'ici supporté par les États⁵⁸. Dans les Amériques, au contraire, le modèle, dont les prémisses sont, ne l'oublions pas, la liberté des marchés couplée à la souveraineté des États, semble s'orienter vers la mise en place de règles de conduite et de gouvernance accompagnées de mécanismes de contrôle et de règlement des différends. Par le fait même, le régionalisme dans les Amériques consolide, non seulement un modèle libéral qui, en sanctionnant l'autonomie du marché, octroie la primauté des droits des entreprises sur tout autre droit, mais aussi un modèle juridique international qui, laissant de côté les différences de taille et de développement, fait reposer les rapports économiques entre les États uniquement sur la règle de droit, la reconnaissance de l'égalité de traitement et le nivellement des règles de la concurrence. Dans l'immédiat, et dans le contexte particulier des Amériques, l'application d'un tel modèle a deux conséquences : la première, d'instaurer un droit positif qui limite l'autonomie des États aux clauses de réserve et aux clauses d'exception traditionnelles qui relèvent de l'intérêt public ; et la seconde, d'enclencher un processus de convergence systémique des droits nationaux de la concurrence vers un modèle commun dont on voit mal comment il pourrait être différent du droit des États-Unis. En un mot, et ce sera notre conclusion, il est un peu présomptueux de penser que les institutions régionales offrent nécessairement une meilleure avenue que les institutions multilatérales pour répondre aux enjeux que pose la globalisation ; il pourrait peut-être en être ainsi dans le cas du modèle européen, mais dans le cas du modèle qui se dessine dans les Amériques, le régionalisme apparaît avant tout comme un vecteur puissant de la construction institutionnelle d'une globalisation économique des plus « autonomes ».

⁵⁷ Jacques Adda, *op. cit.* 1998, p. 4.

⁵⁸ Il faut cependant relever que le modèle européen a, lui-même, été libéralisé, que la notion de gouvernance y fait son chemin et que les considérations de compétitivité tendent de plus en plus à s'imposer dans les choix publics qui sont faits.