

DOCUMENT D'ANALYSE COMMERCIALE ET ÉCONOMIQUE

Department of Foreign Affairs
and International Trade



Ministère des Affaires étrangères
et du Commerce international

CANADA

La conception de la concurrence dans les entités de la Triade: considérations pour une politique commerciale

par

Philip B. Marsden

Bureau de la concurrence

Industrie Canada

et

Prakash Sharma

Direction de l'analyse commerciale et économique (EET)

(Septembre 1996)

96/06

SP79F

*Ministère des Affaires étrangères
et du Commerce international*

DOCUMENT D'ANALYSE COMMERCIALE ET ÉCONOMIQUE

N° 96/06

**La conception de la concurrence dans les entités
de la Triade: considérations pour
une politique commerciale**

par

Philip B. Marsden

Bureau de la concurrence

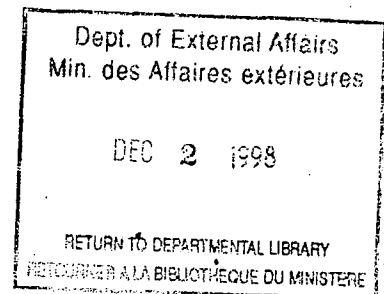
Industrie Canada

et

Prakash Sharma

Direction de l'analyse commerciale et économique (EET)

(Septembre 1996)
SP79F



Remerciements

Les auteurs souhaitent remercier les personnes suivantes, qui ont fourni leurs commentaires sur des versions antérieures de ce document dans lequel les vues exprimées demeurent celles des auteurs : Andy Baziliauskas, Lilla Csorgo et Gernot Kofler ainsi que le professeur Malcolm Ross, de l'Université de Leicester. Du Bureau de la concurrence, à Hull : Val Traversy, directeur général; Zulfi Sadeque, chef, Affaires internationales; Art Kehl et Don Partridge. Du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international : Philip Sommerville, directeur général; John Curtis, conseiller et coordonnateur principal de la politique; Prue Thomson, William Ehrlich, Jamal Khokhar, Paul Robertson et David Weiner. Du Bureau du Conseil privé, Relations interprovinciales, à Ottawa : George Anderson, sous-ministre spécial; Keith Christie, sous-ministre adjoint.

Les documents du Groupe des politiques ont pour objet d'encourager, parmi les responsables de la politique étrangère sur les tendances et les questions internationales. Les opinions exprimées dans ces documents ne sont pas nécessairement celles du gouvernement du Canada.

Prière d'adresser vos observations et vos questions concernant le présent document au Direction de l'analyse commerciale et économique (EET), Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international K1A 0G2 (Tel.: (613) 996-8390; (613) 944-0367; télécopieur: (613) 944-0375.) On peut obtenir des copies de ce document en faisant la demande à InfoCentre (SXIS) du Ministère (1-800-267-8376; région outaouaise tel: (613) 944-4000; télécopieur: (613) 996-9709), en mentionnant le code SP79F.

**La conception de la concurrence dans les entités de la Triade :
considérations pour une politique commerciale**

Résumé	i
Executive Summary	v
1. Introduction	1
2. Une échelle de conceptions capitalistes	3
2.1 L'individualisme	4
2.2 Le communautarisme	9
3. La conception de la concurrence	15
3.1 Le fondement de la conception individualiste de la concurrence	16
3.2 Les motifs du droit et de la politique de concurrence en régime individualiste	17
3.3 Le fondement de la conception communautariste de la concurrence	20
3.4 Le communautarisme et l'individualisme : analyse comparative	22
4. Les États-Unis d'Amérique	26
4.1 De l'équité à l'efficacité des structures	26
4.1.1 L'individualisme des pionniers	26
4.2 De l'efficacité à l'antistructuralisme	30
4.2.1 L'équilibre judiciaire	30
4.2.2 L'École de Chicago	31
4.2.3 L'École de Chicago et les tribunaux	32
4.2.4 Les États-Unis exportent leur conception antitrust	35
5. Le Japon	35
5.1 La concurrence avant l'occupation	35
5.1.1 La concurrence en régime communautariste	35
5.1.2 La concurrence individualiste venue de l'étranger	37
5.2 La politique de concurrence sous l'occupation	38
5.2.1 Le superstructuralisme : version initiale	39
5.3 La concurrence après l'occupation	40
5.3.1 Le structuralisme à petite échelle : recul de la concurrence individualiste	40
5.4 La japonisation de la politique de concurrence	45
5.5 L'application de la politique de concurrence au Japon	46
5.5.1 Le règlement informel privé des différends	47
5.5.2 Le règlement informel public des différends	48
5.6 La direction d'entreprise au Japon	50
5.7 La politique de concurrence du Japon et les différends commerciaux opposant les États-Unis et le Japon	52

6.	L'Union européenne	54
6.1	Le capitalisme, la concurrence et l'occupation en Europe	54
6.2	Le projet d'intégration de l'Europe	56
6.3	La concurrence et la politique de concurrence sur un marché qui s'intègre	56
6.4	La politique de concurrence européenne	58
	6.4.1 L'antistructuralisme intégrationniste	58
	6.4.2 L'équité et l'intégration	58
	6.4.3 L'efficacité et l'intégration	60
	6.4.4 La loi et l'intégration	60
6.5	Les possibilités d'harmonisation	68
7.	L'échelle des conceptions de la concurrence de la Triade	69
7.1	Une comparaison des caractéristiques	71
7.2	La loi et la jurisprudence en matière de concurrence	73
7.3	La conception de la concurrence et les résultats des modèles d'entreprise	83
	7.3.1 La direction d'entreprise en régime individualiste anglo-américain	84
	7.3.2 La direction d'entreprise en régime communautariste	85
8.	Conclusion	86
8.1	La convergence des conceptions de la concurrence dans la Triade	87
8.2	Quelques observations finales	90

Résumé

Une politique nationale de la concurrence est une constitution qui régit la concurrence sur le marché intérieur. Elle énonce les règles et les méthodes relatives à la structure des entreprises et à leur conduite sur le marché. Le régime prévu par cette politique, pas plus qu'une constitution, ne peut comporter un ensemble exhaustif de règles à suivre dans toutes les circonstances et jusque dans les plus infimes détails. Dans les faits, la politique de la concurrence est rédigée en des termes qui peuvent s'interpréter et s'appliquer au gré de l'évolution parfois brusque et imprévisible de l'économie et de la nature la concurrence.

Le présent document décrit comment la conception de la concurrence aux États-Unis, au Japon et dans l'UE (la Triade) a influé sur l'élaboration, l'interprétation et l'application de la politique et des lois sur la concurrence dans chacune de ces trois entités. Selon nous, les conceptions de la concurrence que se font les divers pays peuvent se placer le long d'une échelle allant de l'individualisme au communautarisme. Pourquoi les différences de conception de la politique de la concurrence peuvent-elles être importantes dans l'évolution future de la politique commerciale?

L'OMC allie des éléments des règles et règlements découlant de la politique économique nationale et internationale. Les analystes de la politique de la concurrence ont lancé une mise en garde : le modèle de négociation des réductions réciproques des droits ne s'applique pas nécessairement dans le domaine des régimes de concurrence. Dans le cadre de l'OMC, on a déjà formulé des propositions de recherche d'harmonisation des lois nationales sur la concurrence. Certains analystes souhaitent qu'on entame rapidement les négociations sur la convergence des lois nationales de fond sur la concurrence tandis que d'autres ne sont pas convaincus qu'on puisse, dans un avenir prochain, négocier le contenu d'accords compliqués¹.

Le principal message à retenir, dans le présent document, c'est que, dans le débat sur la convergence ou l'harmonisation des lois sur la concurrence et des modalités d'application des divers pays, les responsables de l'élaboration de la politique sur le commerce et la concurrence ont beaucoup à retirer d'une étude des conceptions fondamentales de la concurrence qui sont à l'origine des différences entre les lois sur la concurrence et la jurisprudence des divers pays. Cette démarche permettrait de départager les lois et méthodes qui peuvent donner lieu à un accord à l'issue de négociations multilatérales de celles qui ne s'y prêtent pas.

¹ Voir, par exemple, Bhagwati, Jagdish N. et Hudec, Robert E., directeurs de la publication, *Fair Trade and Harmonization: Pre-requisite for Free Trade?*, vol. I et II, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1996.

Les auteurs de ces lignes tirent de la comparaison entre les politiques de la concurrence des États-Unis, de l'Union européenne et du Japon les conclusions suivantes :

- aux États-Unis, l'approche est de nature économique : il s'agit de rechercher une plus grande efficacité, avant tout dans l'intérêt du consommateur pris individuellement;
- dans l'Union européenne, le système est plutôt politique : on recherche l'intégration des sociétés et des régions par souci de construire la communauté européenne;
- au Japon, enfin, la démarche a un caractère juridique : c'est une recherche d'équité qui met l'accent sur le bien-être du groupe.

L'approche américaine de la politique de la concurrence privilégie l'activité individuelle de maximisation du profit, ce qui se traduit par une plus grande efficacité sur le marché. L'approche de l'Union européenne et du Japon favorise le développement de relations efficaces en plaçant les producteurs au centre de la politique de la concurrence.

L'individualisme place au premier rang l'intérêt personnel, qui est servi par les opérations sur le marché. Dans un régime purement individualiste, les marchés concurrentiels permettent le traitement de l'information et l'allocation des ressources de manière à réduire les coûts au minimum et à maximiser le bien-être.

Dans le communautarisme, celui qui est guidé par son intérêt personnel a recours aux deux institutions que sont le marché et les réseaux de relations pour atteindre ses objectifs économiques et autres. Les réseaux de relations peuvent permettre à une société communautariste de profiter des retombées bénéfiques qui peuvent avoir échappé au marché. Ces réseaux sont régis non seulement par la main invisible des prix du marché et des ventes, mais aussi par l'intervention tout aussi invisible des ententes tacites.

Les conceptions de la concurrence évoluent parallèlement au progrès accompli par la société. L'état du développement économique et la conception sous-jacente de la concurrence ont toutes les chances de jouer un rôle déterminant dans l'élaboration de la politique de concurrence.

Nous montrons dans ces pages que les politiques de concurrence des entités de la Triade ont changé, au cours des cent dernières années, en fonction du développement économique, juridique et politique propre à chacun d'eux, développement qui a subi l'influence de leur conception sous-jacente de la concurrence.

Il est essentiel de saisir, de comprendre et de respecter les motivations clés et le degré de développement économique qui expliquent les différences si l'on veut éviter les conflits et s'orienter vers une politique de la concurrence qui soit coordonnée et globalement efficace.

Il faut aussi comprendre, c'est crucial, qu'aucune des entités de la Triade n'a la « meilleure » politique de concurrence, la politique « idéale ». Ainsi, c'est une grave carence, dans le régime japonais, qu'on ne puisse s'attaquer comme il se doit au manque de transparence dans la direction des sociétés (*keiretsu*). Et la multiplication des litiges et des affrontements du régime juridique américain (avec une loi antitrust prévoyant des dommages-intérêts triples, des honoraires proportionnels et des recours multiples pour intenter des poursuites), met beaucoup d'observateurs mal à l'aise et risque de freiner des activités normales sur le marché.

L'une des conclusions du présent document est qu'on ne présume pas que la forme dominante de politique de concurrence dans le monde doit être la version américaine.

Pendant que la coopération internationale pour faire respecter la concurrence prend de l'ampleur et que s'engage plus directement le débat sur la convergence et la compatibilité des normes, nous devons continuer de nous orienter en fonction de ce qui, concrètement, a du sens sur le marché et des influences visibles et invisibles de conceptions différentes de la concurrence.

Executive Summary

A national competition policy is a constitution for overseeing competition in the domestic market. Competition policy sets out rules and procedures for business structure and conduct in the market place. As in a constitution, however, a competition policy regime cannot possibly list a comprehensive set of rules to be followed in every conceivable instance in precise detail. In practice, competition policy is couched in terms that can be interpreted and applied as the economy and the nature of competition change in dramatic and unpredictable ways.

This Paper explores how philosophies of competition in the U.S., Japan and the EU (the Triad) have shaped the making, interpretation and enforcement of competition policy and laws in each jurisdiction. National competition philosophies, we submit, can be situated on a spectrum stretching from the individualistic to the communitarian. Why would differences in philosophies of competition policy matter in the future evolution of trade policy?

The WTO mixes elements of domestic and international economic policy rules and regulations. Competition policy analysts have cautioned that the negotiation model of reciprocal tariff reductions does not necessarily extend to the area of competition regimes. Under the WTO, there are already proposals for a search for harmonization of national competition laws. While some analysts favour quickly getting on with negotiations on the convergence of substantive national competition laws, others are sceptical whether the content of complicated agreements can at all be negotiated in the near future.²

The main message of this Paper is that in debating the convergence or harmonization of competition laws and their enforcement across countries, the trade and competition policy community will benefit considerably by paying attention to the basic competition philosophies that have generated existing differences in national competition laws and jurisprudence. Such an approach will help sort out what competition laws and practices can or cannot be agreed upon in multilateral negotiations.

In comparing the competition policies of the U.S., the EU and Japan, this Paper argues that:

- in the U.S., the approach is economic, in search of efficiencies that emphasizes individual consumer welfare;

²For example, see Jagdish N. Bhagwati and Robert E. Hudec, eds., *Fair Trade and Harmonization: Pre-requisite for Free Trade?*, vols. I and II, Cambridge, MA: MIT Press, 1996.

- in the EU, the system is political, in search of corporate and regional integration that stresses building a European community; and
- in Japan, it is legal, in search of fairness that emphasizes the welfare of the group.

The U.S. approach to competition policy places the premium on individual profit-maximizing activity and thereby achieving "efficient" market outcomes. The EU-Japanese approach promotes the development of efficient relationships by placing producers at the centre of the competition policy concerns.

Self-interest is central to individualism and is satisfied through market transactions. Under pure individualism, competitive markets are instrumental in processing information and allocating resources to minimize costs and maximize welfare.

In communitarianism, self-interested individuals use the twin institutions of the market and relationship-based networks to advance their economic and non-economic objectives. Networks of relationships can allow a communitarian society to capture beneficial spillover that may be missed by markets. Networks of relationships are guided not only by the invisible hands of market prices and sales, but also by the invisible handshakes of tacit understanding.

Competition philosophies evolve in tandem with the progress a society makes. The stage of economic development and the underlying competition philosophy in a country is likely to be central in determining the composition of its competition policy.

We document in this Paper that competition policies in the Triad countries over the last century have evolved in accordance with economic, legal and political developments particular to each jurisdiction, which are, in turn, influenced by their underlying competition philosophy.

Recognizing, understanding and respecting the key motivations and the stage of economic development behind the differences are essential steps to avoiding conflict and towards a coordinated and globally effective competition policy.

Also critical is understanding that none of the Triad has the "best" or "ideal" competition policy. For example, the failure of the Japanese system to address adequately the lack of transparency in *keiretsu* corporate governance is serious. But the litigious and confrontational nature of the U.S. legal system (including antitrust law with treble damages, contingency fees and multiple entry points for litigation) makes many observers uneasy and arguably chills legitimate market activity.

One conclusion of this Paper is that there is no presumption that the "pre-dominant" form of competition policy in the world should be the U.S. version.

As international cooperation on competition enforcement expands and the debate on the convergence and compatibility of standards is more directly engaged, we must continue to guide ourselves by what makes sense in practice in the marketplace, and what visible, and invisible, influences may be exerted by differing "philosophies" of competition.

1. Introduction

Ce document vise à répondre aux deux questions suivants :

1. Quelles conceptions sont à l'origine des différences entre les politiques nationales de la concurrence des États-Unis, du Japon et de l'Union européenne (la Triade)?
2. Comment s'expliquent les différences entre les conceptions de la concurrence dans les économies de la Triade?

Parmi les responsables de l'élaboration de la politique s'est engagé un vif débat sur la convergence possible des régimes nationaux de concurrence et sur l'établissement des institutions internationales que suppose cette convergence. Les degrés de convergence proposées sont très variables, depuis la convergence totale jusqu'à l'harmonisation partielle³. Quant à l'internationalisation de la politique de concurrence, les propositions varient d'une plus étroite coopération entre les autorités nationales en matière de concurrence et la création d'une institution supranationale.

Ce document situe le débat en fonction des conceptions de la concurrence dans différents pays, lesquelles présentent tant des similitudes que des divergences. En outre, les lois nationales sur la concurrence peuvent être rédigées dans des termes similaires, mais la jurisprudence de chaque pays peut faire état d'interprétations tantôt semblables tantôt divergentes des dispositions de fond. Les conceptions sous-jacentes de la concurrence évoluent suivant des conditions particulières sur le plan social, culturel, politique et économique.

Dans le passé, la politique de concurrence a été considérée comme le cadre juridique servant à réglementer et à maintenir la concurrence sur le marché intérieur. En qualité d'instrument de la politique intérieure, la politique de concurrence permet d'inciter les entreprises et les consommateurs, avec le temps, à devenir efficaces et à produire, sur le marché, des résultats propres à accroître le bien-être. Ainsi, la politique de concurrence peut concourir au maintien d'une saine économie intérieure.

Dans ce document, les politiques nationales de concurrence sont situées sur une échelle entre l'individualisme et le communautarisme. Les tenants du communautarisme

³ L'harmonisation partielle suppose l'alignement des régimes nationaux de concurrence suivant des lignes directrices convenues à l'échelle internationale. Ainsi, les lois nationales sur la concurrence peuvent différer par le texte et par des aspects particuliers, mais, dans l'ensemble, l'esprit de la politique de concurrence est conforme à des lignes directrices convenues à l'échelle internationale. La convergence ou harmonisation complète suppose, elle, l'existence d'un même régime de concurrence dans tous les pays.

peuvent accepter, de la part des entreprises, une certaine coopération ou collusion qui, pour les tenants de l'individualisme, a pour effet de restreindre la liberté d'action individuelle sur le marché. Les auteurs de ce document considèrent que la conception américaine se rapproche de l'individualisme dans l'échelle, tandis que celle du Japon se situe à l'autre extrémité, le communautarisme, et que la démarche de l'Union européenne est mitoyenne.

La place d'un pays dans l'échelle explique les choix qui définissent sa politique de concurrence. Les auteurs de ce document tirent de la comparaison des politiques des États-Unis, de l'Union européenne et du Japon les conclusions suivantes :

- aux États-Unis, l'approche est de nature économique : il s'agit de rechercher la plus grande efficacité possible, avant tout pour accroître le bien-être du consommateur;
- dans l'Union européenne, la perspective est politique et vise l'établissement d'une communauté de nations liées;
- au Japon, la démarche a un caractère juridique; elle est une recherche d'équité axée sur le bien-être de l'ensemble de la communauté.

La politique commerciale a habituellement pris la forme de mesures douanières et de mesures intérieures connexes qui ont pour objet d'accroître le bien-être des entreprises nationales ou établies au pays et des consommateurs. Le régime de réglementation des échanges commerciaux vise à réduire le plus possible les frictions dans le commerce international. Les politiques commerciales varient depuis le libre-échange sans distorsion jusqu'au régime de restriction du commerce.

Au cours des quelque dix dernières années, les responsables de l'élaboration de la politique en sont venus à considérer comme un nouveau sujet d'examen l'interaction entre la politique de concurrence et la politique commerciale. Dans ce document, les auteurs observent une relation de très longue date entre la politique commerciale et la politique de concurrence. Au XVIII^e siècle par exemple, lorsque le Japon a réorienté sa politique commerciale, renonçant à l'autarcie pour permettre le commerce avec l'Occident, le marché japonais a eu à faire face à une concurrence féroce, reflétant l'individualisme à l'américaine, qui lui était étrangère. Une des retombées de cette libéralisation de la politique commerciale a été, à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècles, la modification de la politique de concurrence du Japon de telle manière que les cartels d'entreprises japonaises étaient tolérés pour permettre à ces dernières de soutenir la concurrence étrangère sur les marchés japonais.

Le présent document est structuré comme suit. La section 2 expose les différentes conceptions dans l'optique des deux paradigmes de l'idéal capitaliste, à savoir l'individualisme et le communautarisme. Dans la section 3, les conceptions de la concurrence sont analysées dans une perspective statique aussi bien que dynamique, faisant ressortir l'individualisme qui a marqué l'évolution de la politique de concurrence à ce jour. Les

sections 4, 5 et 6 traitent de l'évolution de la conception de la concurrence dans différents pays, à l'aide d'exemples tirés des lois, de la jurisprudence et des décisions des institutions. Dans la section 7, les conceptions des entités de la Triade sont situées sur l'échelle. Des observations finales sont présentées à la section 8.

2. Une échelle de conceptions capitalistes

Individu, marché et société sont les éléments centraux du capitalisme. Dans les pays à économie capitaliste, les conceptions se situent le long d'une échelle allant de l'individualisme au communautarisme. Si nous généralisons, nous pouvons dire que l'individualiste est celui qui privilégie son intérêt personnel. Le communautarisme, comme le terme l'indique, désigne une conception axée sur la communauté et la recherche de l'équilibre entre les droits des individus et leurs responsabilités à l'endroit des autres individus avec lesquels ils entretiennent des rapports durables. De façon générale, les individualistes sont caractérisés par la rivalité et les communautaristes, par la coopération.

La politique de concurrence a essentiellement pour objet de concilier les deux impulsions de la société et des entreprises que sont la concurrence et la coopération. En d'autres termes, elle vise l'équilibre entre l'individualisme et le communautarisme. Le point auquel cet équilibre est réalisé dépend de l'endroit où se situe chaque pays sur l'échelle des conceptions.

L'individualisme et le communautarisme sont des conceptions distinctes du rôle de l'individu dans la communauté et du rôle de cette dernière dans la réglementation des activités des individus. Il peut en résulter différents degrés de capitalisme, suivant l'importance accordée à ces rôles dans les différentes sociétés. Avec le temps, il peut y avoir divergence ou convergence des pays selon qu'on y privilégie l'individualisme ou le communautarisme.

2.1 L'individualisme

« Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur, ou du boulanger, que nous attendons notre dîner, mais du souci qu'ils ont de leur propre intérêt. Nous ne nous adressons pas à leur humanité, mais à leur amour propre, et nous ne leur parlons jamais de nos propres besoins, mais de leurs avantages »⁴.

⁴ Smith, Adam, *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, vol. I, chap. II, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 16.

- **L'intérêt personnel**

L'individualisme considère qu'une personne est libre d'exploiter ses connaissances et aptitudes particulières pour atteindre ses objectifs et servir ses intérêts. Il ne s'agit pas d'un égoïsme ou d'une conduite intéressée motivés par des besoins personnels immédiats. L'intérêt personnel est un mobile universel qui n'est pas nécessairement limité à l'amour de soi, mais peu s'étendre à la famille, aux amis et à la société.

Le principe fondamental de l'individualisme est qu'aucune personne ou aucun groupe de personnes ne doit avoir le pouvoir de déterminer la position d'une autre personne dans la société. Cette liberté est essentielle à l'individualiste et ne doit être sacrifiée à aucun autre sens de la justice. Suivant la conception individualiste, l'individu prime sur la communauté et l'intérêt personnel prime sur le bien-être de l'ensemble de la communauté. Quoiqu'il en soit, il ne faut pas interpréter comme de l'égoïsme au sens strict l'intérêt personnel et la vision plus étroite de l'individualiste. Hayek propose cette définition plus générale de l'individualisme :

L'individualisme véritable est avant tout une théorie sociale, une tentative de comprendre les forces qui déterminent la vie sociale. Cette définition devrait donc suffire à elle seule à dissiper la méprise courante la plus ridicule qu'est la croyance que l'individualisme pose comme principe l'existence de l'individu seul ou autonome. Au lieu d'avoir pour point de départ des personnes dont la nature et le caractère sont déterminés par leur vie en société, l'individualisme préconise que, pour comprendre le phénomène social, la seule façon de procéder est de chercher à comprendre les actes qui sont posés par les individus à l'égard d'autres personnes et qui sont définis par la conduite attendue⁵.

L'individualisme considère qu'au lieu de recourir à la coercition par l'État pour atteindre des objectifs donnés, il est préférable de faire appel à la coopération des personnes. Une société libre favorise l'évolution de traditions et de conventions souples qui permettent la formation spontanée de groupes et d'associations. Dans la société, des forces paraissant illogiques permettent aux gens de travailler ensemble de manière harmonieuse et efficace dans le cadre d'organisations beaucoup moins rigides et de contraintes beaucoup moins nombreuses. La société ne prime l'individu que dans la mesure où elle est libre.

- **Les marchés en régime individualiste**

Dans une économie capitaliste, la plupart des individus ne peuvent répondre eux-mêmes à tous leurs besoins, si bien qu'ils sont obligés de se tourner vers le marché. Il importe de signaler que c'est par intérêt personnel que les individus sont amenés à recourir au marché. Par le processus d'échange de leur production contre ce qu'ils veulent

⁵ Hayek, Frederich von, *Individualism and Economic Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1948, p. 6.

consommer, les individualistes créent des marchés. La satisfaction réciproque des intérêts mène à la multiplication des échanges, donc à une interaction commerciale continue entre les individualistes.

Pour intervenir sur un marché, les individualistes doivent servir les intérêts personnels d'autres personnes. L'interaction des individualistes donne donc lieu à une régulation de leurs actions et à la modération des intérêts personnels. Par conséquent, le marché est un mécanisme permettant à des personnes agissant dans leur intérêt personnel de servir également les intérêts de tous les membres de la communauté, thèse qui a été préconisée à l'origine par Adam Smith.

- **La liberté**

Dans l'individualisme, la recherche de la liberté, comme celle de l'intérêt personnel, est le principal mobile. Toutefois, la concurrence sur le marché peut limiter la liberté individuelle. Le capitalisme individualiste est défini par la liberté à trois importants égards :

- la liberté que procure un marché impersonnel;
- la liberté de choisir;
- la liberté que procure le rajustement aléatoire du marché.

La liberté que procure un marché impersonnel. Les marchés concurrentiels sont impersonnels. Au cours de l'interaction d'individus sur un marché, l'individualité de chacun est intégrée à celle des autres ou compensée par elle. Sur un marché concurrentiel, les intérêts des producteurs et ceux des consommateurs s'accordent de manière relativement automatique. L'individu laisse une marque imperceptible sur le marché et les intervenants bénéficient de la liberté que procure l'anonymat.

La liberté de choisir. Comme la liberté individuelle s'accroît en fonction du nombre d'intervenants sur le marché, les nouveaux arrivants sont nécessaires à la prospérité des marchés en régime individualiste. L'accroissement du nombre d'intervenants individualistes sur un marché fait augmenter le nombre de producteurs et de consommateurs possibles, ce qui procure à l'individu une plus grande liberté de choix.

La liberté que procure le rajustement aléatoire du marché. Les connaissances de l'individu étant limitées, les résultats obtenus sur des marchés concurrentiels peuvent paraître aléatoires ou imprévus. Le caractère aléatoire est en fait une dimension du rajustement automatique des marchés qui échappe à l'individu. Toutefois, la liberté de réagir qu'ont les intervenants sur les marchés est ce qui leur permet de s'adapter rapidement à des

changements sur les marchés. La possibilité de faire des échanges commerciaux procure donc une liberté parce qu'elle permet au marché de se rajuster⁶.

- **L'information**

De façon générale, les individualistes prêtent attention aux éléments d'information qui sont à leur avis en rapport direct avec leurs intérêts. Les prix sont des facteurs essentiels dans l'évaluation de l'intérêt personnel pour l'individualiste. Les prix permettent à chaque individu de déterminer la valeur que représentent pour lui les échanges avec d'autres. La question fondamentale est la suivante :

- Les marchés capitalistes peuvent-ils fournir sans frais l'information nécessaire à la prise de décisions tant à court qu'à long terme?

Dans l'affirmative, les marchés en régime individualiste seront efficaces et permettront d'atteindre l'optimum social. De façon générale, toutefois, les marchés capitalistes peuvent ne pas suffire à la tâche. La discipline que suppose un modèle de concurrence peut donner lieu à un revenu global optimal uniquement lorsque les individus peuvent acquérir l'information et négocier entre eux sans frais. La diffusion de l'information et l'imposition de sanctions doivent être gratuites pour que les intervenants sur les marchés puissent punir ceux qui s'écartent du droit chemin. Or, dans leurs opérations sur le marché, les individus doivent engager des dépenses pour acquérir des ressources et l'information dont ils disposent est incomplète. Ainsi, les décisions prises par les individualistes peuvent, comme nous le soutenons plus loin, reposer sur une vue de la société qui est plus étroite que ne l'est celle des communautaristes⁷.

- **L'horizon temporel**

Les marchés qui fonctionnent bien et sont efficaces peuvent fournir beaucoup de renseignements utiles pour l'établissement de l'intérêt personnel en régime individualiste. En régime capitaliste, les marchés permettent une bonne diffusion de l'information et une bonne allocation des ressources, à court terme, mais ils sont parfois inefficaces. Cette même remarque s'applique aussi pour ce qui est des résultats à long terme.

⁶ Hayek, *op.cit.*, 1948, p. 80-81.

⁷ L'acquisition d'information est imparfaite parce que les individualistes mettent en balance les avantages et les coûts marginaux privés du processus d'acquisition de connaissances nouvelles. Une telle évaluation ne tient pas compte des retombées pour la communauté.

Les individualistes tiennent compte de facteurs pouvant influencer sur leur intérêt personnel dans l'avenir. Par exemple, lorsqu'ils calculent la valeur actualisée de phénomènes futurs, les individualistes peuvent appliquer des taux d'actualisation fondés sur les taux de rendement d'instruments financiers à long terme tels que des obligations ayant différentes échéances. Cependant, il est bien connu que les taux d'actualisation utilisés par les individualistes sont souvent différents de ceux qu'appliquent les communautaristes et du taux d'actualisation social. Ainsi, il se peut que les individualistes n'évaluent pas convenablement des retombées écologiques futures, non seulement pour la société dans son ensemble, mais du point de vue de leurs propres intérêts⁸. Par conséquent, il se peut que les marchés en régime individualiste ne tiennent pas compte de facteurs d'intérêt pour la communauté, si bien que certains marchés susceptibles d'être avantageux pourraient ne pas apparaître. Dans cette optique, les individualistes et leur communauté qui s'en remettent uniquement aux marchés privés peuvent voir leur bien-être social amoindri.

- **L'individualisme en entreprise**

Pour l'individualiste, l'entreprise est une entité juridique poursuivant des activités en fonction d'un plan de production connu. Le gestionnaire individualiste veille à fabriquer des produits devant vraisemblablement permettre à l'entreprise d'accroître le plus possible ses profits ou sa valeur actuelle⁹. Les actionnaires (les propriétaires) désignent des cadres devant les représenter dans la conclusion légale de marchés avec des agents externes (par exemple des fournisseurs, des négociants et des institutions financières) et des agents internes (travailleurs et gestionnaires).

La maximisation des profits, affranchie de toute considération communautaire, est le mobile fondamental de l'entreprise individualiste. La distinction entre les intérêts de l'entreprise (profits) et ceux des employés est clairement définie. Chaque trimestre, les actionnaires examinent les profits de l'entreprise. Tout fléchissement à court terme des profits peut être compensé de diverses manières, par exemple par un simple expédient qui consiste à congédier des travailleurs. Le recours à des fournisseurs externes peut aussi soulager les entreprises individualistes en allégeant les coûts fixes et en remédiant au problème de fidélité des travailleurs.

⁸ En théorie économique néo-classique, pour que le marché tienne bien compte des événements et des raretés futures, il faudrait qu'il y ait échange des « droits sur les biens dépendant de l'état futur possible » (dits valeurs boursières Arrow-Debreu) pour tous les biens et services pertinents devant être consommés dans l'avenir. Comme à l'heure actuelle il n'existe pas dans les pays en régime capitaliste de marchés pour tous ces produits et services, on ne peut considérer que les prix et les ventes sur les marchés concurrentiels expriment exactement la valeur ou l'importance de ces biens et services.

⁹ Hart, Oliver, « An Economist's Perspective in the Theory of the Firm », *Columbia Law Review*, vol. 89, novembre 1989, p. 1757-1774.

En régime capitaliste, l'innovation est une dimension essentielle de la recherche des profits. L'individualisme considère que l'innovation doit être favorisée par les efforts des individus, de préférence sous forme de capital-risque et de nouveaux arrivants enthousiastes. L'individualiste accorde une grande valeur à l'esprit d'entreprise et il apprécie grandement l'innovation technologique ou commerciale pour ce qu'elle est. Même les gestionnaires d'entreprises établies, qui sachant qu'ils peuvent perdre leur emploi et, de ce fait, échapper aux conséquences de leurs erreurs, n'hésitent pas à se livrer à la réingénierie, à faire des essais et à se lancer à l'aventure. En définitive, pour les actionnaires, le processus de destruction créatrice doit aboutir à une valeur.

Pour les capitalistes individualistes, cette façon de voir présente des avantages psychiques. Les individualistes préfèrent se fier à leur propre jugement, plutôt qu'à celui des bureaucrates, lorsqu'il s'agit de faire des conjectures sur le marché. Par conséquent, l'idéal est une intervention de l'État qui se limite à des investissements sains dans l'instruction et l'infrastructure. La concurrence entre les entreprises est préférable aux obstacles créés par l'assujettissement des entreprises à des règlements et à des restrictions à caractère politique.

2.2 Le communautarisme

Si égoïste que l'on puisse présumer l'humain, il existe clairement dans sa nature des caractères qui le portent à s'intéresser au sort des autres et à vouloir leur bonheur; même le plus grand voyou, celui qui s'acharne à enfreindre les lois de la société, n'en est pas entièrement dépourvu¹⁰.

- **Les relations**

Les **relations** entre les individus sont ce qui caractérise le plus le communautarisme¹¹. Le tissu des relations sociales ou collectives transcende l'intérêt personnel des individus et les unit. Toutefois, le communautarisme ne nie pas le fait que les communautés sont composées d'individus ayant des intérêts personnels. Au contraire, il fait valoir les avantages que procure l'association, lesquels s'ajoutent à ceux des intérêts personnels trouvés grâce aux activités de production et de consommation. Les relations économiques et sociales entre des individus ayant des intérêts personnels sont motivées par des considérations aussi bien commerciales que non commerciales. Au calcul économique, le communautarisme ajoute des facteurs sociaux, culturels, politiques et d'autres qui ont trait à la communauté.

¹⁰ Smith, Adam, *La théorie des sentiments moraux*, 1759.

¹¹ Herman, Daly et Cobb, *For the Common Good: Redirecting the Economy Toward Community, the Environment and a Sustainable Future*, Boston, Beacon Press, 1989, p. 16.

Pourquoi faut-il compléter les échanges commerciaux par des relations dans une économie regroupant des individus ayant des intérêts personnels?

- **Les intérêts de la communauté**

Les communautaristes ne s'intéressent pas uniquement à la consommation, à la production et aux échanges commerciaux. Les personnes ayant des intérêts personnels savent que, du point de vue de l'établissement et de l'évolution d'une société, l'activité économique n'est qu'un moyen de parvenir à une fin meilleure. L'être humain souhaite que se réalisent ses désirs matériels et non matériels. Grâce à l'élargissement des marchés, il devient possible pour les individus de trouver des marchés qui leur permettront d'atteindre leurs objectifs. Cependant, les marchés n'offrent pas réponse à tout. Ainsi, les individus ont recours à des arrangements dans lesquels ils peuvent à la fois trouver leur intérêt personnel et servir celui d'autres individus. Pour qu'existe un ordre social harmonieux et pour qu'il y ait progrès économique, les individus ayant des intérêts personnels doivent pouvoir se livrer à des échanges de nature commerciale et de nature non commerciale.

- **L'horizon temporel**

Le communautarisme suppose la recherche de l'intérêt personnel, à plus long terme cependant. Ainsi, la période du recouvrement intéressé de la production et de l'activité d'un individu se prolonge au-delà de la période durant laquelle il agit. Lorsqu'un individu fournit un bien ou un service dans le cadre d'une relation qui ne suppose pas une contrepartie immédiate, il en résulte pour celui qui reçoit le devoir de rendre la pareille au fournisseur à un moment ultérieur. Ce sentiment d'obligation entretient la relation. Lorsque des individus fournissent ou reçoivent un bien ou un service sans contrepartie immédiate, le processus de maintien de la relation crée un sentiment de confiance et prolonge l'horizon temporel. La réorientation depuis les échanges à court terme vers les résultats reportés est, pour le fournisseur, une forte incitation à veiller à ce que la relation demeure solide et dure au moins le temps nécessaire pour qu'il puisse obtenir satisfaction.

Dans le communautarisme, les relations sont définies non seulement par la main invisible des prix et des ventes, mais aussi par l'intervention tout aussi invisible des ententes tacites. Les relations de cette nature permettent d'acquiescer des obligations de nature financière ou autre sur une plus longue période. Une relation entre individus ayant des intérêts personnels peut paraître inefficace à court terme, mais s'avérer tout à fait efficace à long terme. Du début d'un échange jusqu'à son dénouement futur, les intéressés suivent réciproquement leurs activités et chacun veille à répondre aux besoins de l'autre pour que l'aboutissement de l'échange soit satisfaisant. Ils agissent de la sorte parce qu'une perspective

à court terme entrave, perturbe ou affaiblit les relations qui assurent la cohésion de la société¹².

Comment expliquer le communautarisme?

- **Un modèle communautariste**

L'efficacité au sens communautariste. Le processus de coopération et d'accommodement réciproque doit être efficace. Pour parvenir à l'efficacité, il faut que soient réduites au minimum les ressources utilisées pour établir et entretenir les relations de nature commerciale ou non commerciale¹³. Dans le communautarisme, l'organisation est efficace lorsqu'elle permet aux membres d'atteindre leurs objectifs de manière efficace¹⁴. La réussite dépend non seulement de la coopération des individus dans leurs opérations sur les marchés, mais aussi de leur interaction sur le plan culturel, politique et social, et ce, aussi bien à court qu'à long terme. Dans la recherche de son intérêt personnel, un individu est incité à établir avec d'autres des liens de nature tant commerciale que non commerciale et à faire partie des réseaux de relations, des liens et des compromis dans la communauté¹⁵.

La multiplication des réseaux. Suivant les objectifs sociaux, économiques et politiques des individus et l'endroit où ces derniers se trouvent, un certain nombre de réseaux

¹² Voir Daly et Cobb, *op. cit.*, p. 163-164 :

La théorie économique suivant laquelle l'*Homo economicus* est un individu intéressé suppose des politiques qui ont inévitablement pour effet de perturber les relations sociales existantes. La conception individualiste de l'économie mène à proposer des politiques qui affaiblissent les modes existants de relations sociales.

Voir aussi Winkler, *op. cit.*, p. 105 :

Dans son ouvrage classique intitulé *De la démocratie en Amérique*, Alexis de Tocqueville signale que l'individualisme sans retenue peut entraîner la dégradation de l'engagement, de la relation entre l'individu et l'ensemble de la communauté, de l'esprit communautaire.

¹³ À ce sujet, voir aussi Coase, Ronald, « The Nature of the Firm », *Economica*, vol. 4, 1937, p. 386-405; Arrow, Kenneth, *The Limits of Organization*, New York, Norton, 1974; Williamson, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Fress Press, 1985.

¹⁴ Dans le communautarisme, l'efficacité, au sens large, est définie en rapport avec les coûts des ressources sur les plans économique, social, politique et culturel.

¹⁵ Un réseau de relations désigne une institution ou une organisation composée de groupes d'individus qui s'associent pour atteindre certains objectifs. Les partis politiques, les coopératives, les religions, les clubs et les entreprises sont des exemples de tels réseaux. Voir North, Douglas C., « Economic Performance Through Time », allocution prononcée lors de la remise du Prix Nobel à Stockholm, le 9 décembre 1993, et reproduite dans *American Economic Review*, juin 1994, p. 359-368.

différents peuvent être mis en place. En raison de la concurrence qui s'exerce dans la quête du succès, les réseaux sont vraisemblablement appelés à être efficaces et durables et à coopérer avec d'autres dans la communauté¹⁶. Dans une telle société, les intérêts et les activités de nature économique et autre en viennent à se chevaucher. L'individu acquiert un sens communautaire et devient un être communautariste qui agit sur le marché et dans la communauté.

Les institutions. Le communautarisme est aussi caractérisé par le pluralisme des réseaux. Pour cette raison, il faut recourir à des institutions intermédiaires qui ont pour fonction de réaliser un équilibre pratique entre les différents réseaux de relations, chacun cherchant à faire valoir ses vues. C'est ainsi qu'une société établit des pratiques, des traditions, des conventions et d'autres institutions culturelles communes dans un régime de marché¹⁷. En régime communautariste, les arrangements de nature non commerciale dépendent des conditions suivantes :

- **La transparence et l'équité.** Pour garantir la stabilité des relations dans une société, ses membres doivent juger équitable une décision prise dans la communauté, même si cette décision leur déplaît.
- **L'accommodement réciproque.** En régime de réseaux, il est nécessaire de concilier les différentes préférences des individus à la recherche de la richesse maximale. Ils peuvent avoir confiance que les résultats de relations à long terme dissiperont l'impression qu'un individu ou un réseau particulier est l'objet d'une opposition de la part d'autres individus ou réseaux de la communauté ou de leur étroitesse d'esprit.

Par exemple, une décision servant les intérêts à long terme d'une communauté peut avoir pour effet à court terme de restreindre les activités et les choix d'un individu ou d'un groupe. Une telle décision peut devenir acceptable pourvu que les individus en viennent à croire

¹⁶ Un réseau qui produit des externalités avantageuses peut avoir à remédier au problème des « resquilleurs ». Les nouveaux arrivants peuvent être appelés à prouver leur fidélité au réseau en acceptant de supporter certains coûts irrécupérables (de nature non économique ou culturelle), et même en renonçant à quelque chose à court terme. Ceux qui n'appartiennent pas au réseau peuvent considérer ces pratiques, normes, codes de conduite ou traditions comme des entraves à l'entrée et les inciter à protester contre l'iniquité. Même l'Armée du salut oblige souvent les sans-abris à entendre un sermon avant de leur fournir un repas gratuit. Voir Iannaccone, Laurence R., « Sacrifice and Stigma: Reducing Free-Riding in Cults, Communes and Other Collectives », *Journal of Political Economy*, vol. 100, avril 1992, p. 271-291.

¹⁷ North, Douglas C., « Institutions », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, hiver 1991, p. 97-112. Les institutions représentent des contraintes d'origine humaine qui servent à structurer les relations sur les plans politique, économique et social. Elles sont de deux ordres : les contraintes non officielles (sanctions, tabous, coutumes, traditions et codes de conduite) et les règles officielles (constitutions, lois, droit de propriété).

qu'elle n'avantage pas indûment un autre groupe. Par conséquent, le processus de prise de décisions de nature économique, politique et sociale suppose une analyse des intérêts et des choix possibles de la communauté, ainsi que l'établissement d'un consensus. Ce processus éveille le sens de la responsabilité civique et favorise l'application des décisions et le règlement des différends.

- **Le communautarisme : relations et marchés**

Les communautaristes produisent des biens et services afin de pouvoir participer aux échanges commerciaux qui leur permettront de répondre à leurs besoins. Plus haut, nous avons signalé la courte durée des relations commerciales. Les communautaristes auront recours aux opérations commerciales dans la mesure où les coûts en ressources sont le moins élevés possible et où ces opérations sont compatibles avec d'autres arrangements et accommodements efficaces dans la communauté. Il y a donc une certaine interaction entre les marchés efficaces et les relations communautaristes efficaces. Selon l'efficacité relative¹⁸ des marchés et des relations, nous pouvons formuler les observations suivantes au sujet du régime communautariste :

premièrement, il sera généralement possible de faire parallèlement des opérations commerciales, des activités reposant sur des relations et des opérations de nature mixte;

deuxièmement, les opérations ne pouvant être conclues efficacement sur les marchés pourront être effectuées par voie des réseaux de relations;

troisièmement, lorsque le recours à un réseau de relations entraîne des coûts élevés en ressources, l'opération pourra être effectuée sur le marché.

- **L'information**

S'il était possible d'établir des relations rapidement, les dépenses en ressources seraient peu élevées. Or, les relations reposent sur les connaissances. Il faut avoir des renseignements sur les facteurs économiques et sur les facteurs d'une autre nature, à court et à long terme. Pour déterminer ce qui est pertinent, outre cette information, il est essentiel d'exercer un jugement. Les relations peuvent nous aider à porter des jugements. En régime communautariste, où trouver l'information nécessaire à la prise de décisions? Aux renseignements sur les prix en vigueur sur les marchés s'ajoutent d'autres sources, notamment les pratiques communes, les coutumes, les traditions et d'autres institutions culturelles et sociales. Les traditions efficaces et les pratiques et attitudes communes

¹⁸ Rappelons que l'efficacité tient compte des coûts en ressources sur les plans économique, social, politique et culturel.

surgissent lorsque d'autres mécanismes, comme les marchés, semblent donner des résultats moins satisfaisants et moins efficaces.

- **La liberté**

Tout comme, dans un régime individualiste, l'interaction des individus intéressés concourt à atténuer l'influence d'un groupe donné, en régime communautariste, l'intérêt de la communauté réduit le caractère plus individualiste des échanges. Certains communautaristes renoncent plus rapidement à leur intérêt personnel en échange de l'avantage qu'ils retirent de la relation elle-même.

- **L'inclusion des défaillances du marché**

Le communautarisme tient compte, dans une perspective plus globale (facteurs économiques et autres), des effets que peuvent avoir dans l'immédiat ou dans l'avenir les décisions d'un individu sur l'ensemble de la communauté. Ainsi, les marchés reposant sur une vision individualiste étroite et à court terme sont sans antécédent historique. Au contraire, dans le régime communautariste, la communauté apprend des expériences de ses membres, forme sa propre mémoire et possède sa propre histoire. Les communautaristes sont donc mieux en mesure de tenir compte des externalités pour l'ensemble de la société et de tenir compte des retombées des décisions prises dans la communauté.

- **Le recours au système juridique**

La façon dont une société envisage sa conduite est déterminée par des caractéristiques culturelles. Dans une société individualiste dont les membres sont égaux, le besoin d'imposer l'ordre depuis l'extérieur est plus grand. Dans une société communautariste, il existe déjà une hiérarchie interne fondée sur les relations, si bien qu'il est moins nécessaire de recourir à des contrats en bonne et due forme pour la conduite des affaires privées et ce, pour trois raisons.

- Premièrement, l'établissement d'une relation est un processus long et complexe aboutissant à un lien particulièrement solide qui exerce une force extérieure bien plus souple, durable et sûre que celle d'un contrat.
- Deuxièmement, la relation existe déjà lorsque deux parties concluent une entente.
- Troisièmement, la force d'une relation réside dans sa souplesse, tandis que celle d'un contrat sur papier tient à sa rigidité, aux recours judiciaires prévus en cas de non-respect.

En régime communautariste, les parties en relation négocient entre elles les mesures réparatrices au lieu de revendiquer l'application des droits stipulés dans un contrat. La

poursuite est d'autant moins une solution possible que l'opposition qu'elle suppose est une menace pour la relation. Les poursuites judiciaires, bien plus que les contrats, ont pour effet de supprimer la hiérarchie en rendant les parties égales devant la loi. De plus, faire appel aux tribunaux c'est rompre la relation et la soumettre à un examen de l'extérieur, donc admettre son échec.

La possibilité de recours judiciaires a pour autre conséquence défavorable le fait de soumettre la relation à l'examen d'une partie extérieure, ce qui, pour les communautaristes, est inutile et peut même mettre la relation en péril. Cet examen par des tiers est incompatible avec la relation cultivée au prix de tant d'efforts. Dans une société communautariste, les ententes non officielles « véritables » entre des personnes sont préférables à des contrats « artificiels ». Il n'est pas nécessaire de recourir à des contrats pour établir et entretenir des relations, ni pour remédier aux infractions. Les mesures officielles existent uniquement comme ultime recours.

- **Le communautarisme en entreprise**

Dans le communautarisme, la survie à long terme des entreprises est d'une très grande importance, non seulement pour les entreprises elles-mêmes et pour leurs actionnaires, mais aussi pour les travailleurs. Cette survie à long terme d'une entreprise peut être assurée de plusieurs façons; l'une d'entre elles consiste à mettre l'accent sur l'accroissement de la part de marché détenue par l'entreprise et, au besoin, à accepter une baisse des profits durant une courte période ou même durant de nombreuses années. Appuyées sur une relation de confiance entre les gestionnaires, les actionnaires et les travailleurs, les entreprises communautaristes envisagent les profits dans une perspective à long terme.

En régime communautariste, les entreprises entretiennent entre elles un réseau de liens commerciaux verticaux et horizontaux. Dans un tel régime, une entreprise fait vraisemblablement partie d'un réseau dans lequel elle entretient des relations. Les liens peuvent s'étendre à plusieurs réseaux selon qu'ils sont un moyen efficace de remporter un succès commercial. Les entreprises entretiennent des relations en amont avec les fournisseurs de ressources et de matières premières et des relations en aval avec les distributeurs et les consommateurs sur le marché des produits finals. Dans le cadre de ses activités, une entreprise contracte des engagements communautaristes envers certaines entreprises et elle accorde à d'autres certains crédits communautaristes. Avec le temps, les comptes clients et les comptes fournisseurs sont réglés.

Les entreprises communautaristes savent qu'elles doivent soutenir la concurrence sur les marchés mondiaux si elles veulent continuer de bénéficier de la stabilité et de la coopération qu'offrent les arrangements, pratiques et institutions de la société. La réussite

financière de l'entreprise doit se traduire par la prospérité de la communauté, c'est-à-dire des actionnaires, des travailleurs, du gouvernement et des consommateurs. Loyauté et confiance réciproques entre l'entreprise et les travailleurs peuvent concourir fortement à abaisser les coûts de production et à maintenir la qualité élevée. Mieux encore, les entreprises attachent un grand prix à leurs ressources humaines et apprécient la coopération efficace avec d'autres entreprises dans la communauté. Le congédiement des travailleurs est une solution non pas immédiate, mais de dernier recours. De façon générale, les relations sont durables, non seulement entre les entreprises et les employés, mais aussi entre les entreprises elles-mêmes, surtout à l'intérieur d'un même réseau.

3. La conception de la concurrence

3.1 Le fondement de la conception individualiste de la concurrence

En régime individualiste, le capitalisme est défini, rappelons-le, par l'intérêt personnel et la liberté individuelle. Une économie de marché individualiste peut accroître la liberté et servir l'intérêt personnel des individus à mesure qu'augmente le nombre de concurrents. Lorsque ce nombre diminue, la liberté s'en trouve réduite aussi. Le rétablissement de la liberté est au coeur de la politique de concurrence en régime individualiste.

- **L'équité**

L'auto-réglementation du marché est de la plus haute importance et la souplesse des prix y joue un rôle déterminant. En régime individualiste, même si les intervenants sur le marché n'ont pas tous la même façon de voir, on considère néanmoins que les échanges s'opèrent entre égaux. Selon les conditions de l'offre et de la demande, les individus ne retireront pas tous la même chose des échanges. Pourtant, ils demeurent égaux dans leurs rapports dans la mesure où les échanges sont volontaires et libres. La concurrence est acceptable pour les individus s'ils croient que les échanges sont équitables et qu'ils ont lieu entre des parties relativement égales.

- **La collusion en régime individualiste**

Tous les intervenants sur le marché bénéficient de la liberté. Cependant, si un individu parvient à restreindre la liberté parce qu'il acquiert une position dominante, qu'il est mieux renseigné que ses homologues ou qu'il peut limiter leurs choix, cet individu est en mesure de réaliser des profits plus importants. Dans un scénario idéal où les opérations n'entraînent aucun coût, le pouvoir de négociation d'un individu n'influe pas sur l'efficacité des marchés. Toutefois, dans le monde réel des opérations assorties de coûts, il est possible pour un individu d'acquérir une position discrètement dominante.

Lorsqu'une partie à un échange acquiert une position dominante, la relation devient inégale. L'existence, sur un marché, d'intervenants ayant une position dominante peut se traduire pour les individualistes par une diminution tant du choix de partenaires commerciaux que de la volonté de participer à un échange.

- **La prédominance inéquitable sur le marché**

Les intervenants ayant une position dominante cherchent à imposer leurs vues personnelles sur un marché impersonnel. Les prix de monopole détruisent l'ordre parfaitement amoral du marché. Sur les marchés où le monopole ou l'oligopole est possible, toutefois, l'équité des prix ou des salaires devient une considération pertinente¹⁹. Les intervenants prédominants cherchent à réduire les possibilités s'offrant à d'autres en s'imposant comme le seul choix.

Les intervenants prédominants imposent leur ordre personnel au désordre et aux incertitudes du marché. C'est une chose que de s'avouer impuissant devant le désordre, mais il est inacceptable, surtout pour un individualiste, d'être impuissant devant l'ordre imposé par un autre. Une allocation accidentellement mauvaise est acceptable, mais une allocation rendue mauvaise par la contrainte ne l'est pas. Lorsque l'ordre d'un monopole s'impose sur un marché, il y a lieu d'en examiner l'équité. Il est injuste qu'un intervenant échappe aux forces du marché et injuste aussi qu'un intervenant ayant une position dominante assujettissent d'autres intervenants.

- **La limitation de la liberté**

L'importance de l'intérêt personnel et de la liberté personnelle des individualistes militent contre une telle forme de dominance et son effet de contrainte. Si les individualistes ne parviennent pas à empêcher le monopole ou l'acquisition d'une position dominante, il est possible qu'ils demandent qu'une protection externe leur soit accordée. Ainsi, des individualistes peuvent accepter une réglementation gouvernementale parce qu'elle peut, comme le marché, servir leurs intérêts personnels globaux et permettre de faire en sorte que le marché demeure libre de l'exercice d'un contrôle inacceptable par quelques intervenants.

Une telle réglementation gouvernementale s'élabore avec le plus grand individualisme. Les communautés individualistes se composent d'individus relativement étrangers les uns aux

¹⁹ À ce sujet, Hayek (*op. cit.*, 1948, p. 111) affirme, en substance, ce qui suit :

Les normes existantes découlent du régime de concurrence que nous avons connu et sont appelées à disparaître peu de temps après la disparition de la concurrence. Ce qu'il faut entendre par prix équitable, ou d'un salaire équitable, c'est le prix ou le salaire qui existerait en l'absence de monopole.

autres. Pour faciliter la communication ou régler des différends, il faut établir un certain ordre convenu. La société individualiste n'ayant pas l'entente commune naturelle que procurent les relations à long terme, elle en a créée une acceptable pour tous : l'ordre de la logique. Dans les sociétés occidentales, cet ordre se trouve dans le droit, lequel traduit la tradition issue de la pensée logique de la philosophie grecque et des langues à structure logique.

3.2 Les motifs du droit et de la politique de concurrence en régime individualiste

« S'il était possible que ses délibérations puissent toujours être dirigées, non par l'importunité bruyante des intérêts partiels, mais par la vue étendue du bien général, la législature devrait pour cette raison même peut-être, être particulièrement soucieuse de ne pas établir de nouveaux monopoles de ce type, ni d'étendre davantage ceux qui sont déjà établis. Tout règlement de cette sorte introduit quelque degré de désordre réel dans la constitution de l'État, auquel il sera difficile par la suite de remédier sans en occasionner un autre »²⁰.

Compte tenu de l'opposition, naturelle sur un marché individualiste, entre la liberté du marché et les intérêts privés cherchant à le corrompre, il faut mettre en place des mécanismes de contrôle sous forme du droit et de la politique de concurrence. La politique de concurrence a trois objets dont chacun a trait à des préoccupations individualistes.

- **La politique de concurrence protège la liberté économique.**

Une politique de concurrence est élaborée pour des raisons économiques : elle protège l'efficacité du marché par la recherche d'une allocation efficace des ressources.

Pourquoi un droit antitrust? Le droit antitrust garantit la liberté économique, car, sans elle, le marché ne demeurerait pas libre longtemps²¹.

Une politique de concurrence est un mode d'organisation individualiste parce qu'un marché d'individus intéressés doit nécessairement être réglementé.

- **La politique de concurrence protège la liberté juridique.**

Une politique de concurrence est aussi élaborée pour des raisons juridiques : elle protège les droits des intervenants sur le marché.

²⁰ Smith, Adam, *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, vol. IV, chap. II, 1995, p. 532.

²¹ Fox, Eleanor M., « Antitrust, Trade and the Twenty First Century: Rounding the Circle », *The Handler Lecture*, New York, le 26 mai 1993, p. 53 (renvoi à Cardozo, p. 1306).

La politique de concurrence, si elle est un des instruments les plus étroitement liés à l'économie²², n'est pas un programme de planification économique, mais un système de droits et de recours applicables surtout par voie de poursuites devant les tribunaux²³. Même dans

ce domaine du droit axé sur l'efficacité, les tribunaux doivent faire des choix qui ne relèvent pas uniquement de l'économie; l'économie fournit rarement des réponses à des questions de nature juridique²⁴.

Le droit antitrust, en grande partie constitué par la jurisprudence, s'inspire des valeurs fondamentales de la tradition de common law de pays tels que le Royaume-Uni et les États-Unis²⁵, la plus importante étant l'équité. Depuis Salomon, l'équité correspond au juste partage²⁶. Le droit vise essentiellement à régler des différends en fonction des droits, révélant une conception de nature individualiste.

- **La politique de concurrence protège la liberté politique.**

Enfin, une politique de concurrence est élaborée pour des raisons politiques : elle protège le droit démocratique à la liberté d'action.

Une politique de concurrence, parce qu'elle limite l'acquisition d'une position dominante et garantit le maintien du jeu de la concurrence sur les marchés, est assortie

²² Fox, Eleanor M., « The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Making: Antitrust as a Window », vol. 61, *New York University Law Review*, 1986, p. 559.

²³ Sullivan, L. A., « Economics and More Humanistic Disciplines: What are the Sources of Wisdom for Antitrust? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 125, p. 1227.

²⁴ Fox, *op. cit.*, 1993, p. 554.

²⁵ Sullivan, *op. cit.*, p. 1241.

²⁶ Voir Sullivan, *op. cit.*, 199, p. 1240-1241 :

Lorsqu'il s'agit de choisir entre différentes règles antitrust, l'analyse de leurs effets sur la réalisation d'objectifs comme l'efficacité économique et de biens sociaux comme l'élargissement des possibilités ou des choix pour les individus présenterait un certain intérêt, mais l'analyse devrait avoir pour but ultime de définir non pas la règle conduisant à la plus grande efficacité ou au plus grand choix, mais celle qui garantira le mieux une répartition équitable. Il peut n'être pas suffisant de se demander quelle règle mène à la plus grande efficacité ou fournit aux individus le plus de possibilités. Il peut aussi être nécessaire de déterminer quels seront les bénéficiaires et dans quelle mesure ils seront avantagés et d'examiner si la répartition est juste.

d'avantages politiques. Les marchés concurrentiels sont naturellement associés à la démocratie²⁷. La prédominance d'intervenants sur un marché fausse la répartition du pouvoir et du contrôle dans une société. En effet, la démocratie est essentiellement dénuée de sens si le pouvoir économique est concentré dans les mains de quelques individus ou entreprises²⁸.

Cette conception est purement individualiste. La volonté de pouvoir agir sans contrainte ou la volonté que le contrôle ne soit exercé que par des institutions que les individus connaissent et dont ils peuvent faire partie sont le fondement politique du droit antitrust²⁹. Par exemple, le droit antitrust a été qualifié d'élément fondamental de la culture américaine et jugé souhaitable en soi, comme l'est la liberté politique³⁰.

Être libre de contraintes signifie aussi être libre du contrôle gouvernemental. En régime individualiste, la politique de concurrence prévoit une certaine intervention sur le marché, mais le marché prime toujours. Ainsi, la politique de concurrence représente un contrôle gouvernemental plus limité, c'est-à-dire une intervention moins grande que ne l'est la réglementation directe.

3.3 Le fondement de la conception communautariste de la concurrence

Dans une société civilisée, l'homme a toujours besoin de la coopération et de l'aide de grandes multitudes, même si toute sa vie lui suffit à peine pour gagner l'amitié de quelques personnes³¹.

²⁷ Voir Jorde et Teece, « Introduction », *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, Oxford University Press, 1992, p. 5 :

Souvent, les systèmes ouverts et concurrentiels sont naturellement associés à la démocratie. En effet, l'inquiétude au sujet du pouvoir politique des « trusts » est en partie à l'origine de l'adoption de la loi Sherman.

²⁸ McGowan, « Competition Policy in the European Union: A 1990s Perspective », document présenté à la conférence sur les organismes nationaux de concurrence sur un marché mondial, Ottawa, 1994, p. 4.

²⁹ Voir Sullivan, *op.cit.*, vol. 199, p. 1223 :

L'appui politique du droit antitrust provient d'autres sources. Les Américains continuent d'estimer les institutions dont la taille et le fonctionnement leur sont compréhensibles. Pour bon nombre, la décentralisation du pouvoir et de la responsabilité en matière de prise de décisions demeure importante.

³⁰ Frazer, *Monopoly, Competition and the Law: The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America*, Sussex, Wheatsheaf, 1988, p. 3, renvoi à Rowe, « Commentary: Antitrust as Ideology », *American Law Journal*, vol. 50, n° 721, 1981.

³¹ Smith, Adam, *La théorie des sentiments moraux*, 1759.

Les communautaristes établissent des réseaux étendus pour trouver les relations commerciales et les relations non commerciales avantageuses. Cependant, il nous faut réponse à cette question :

- Dans quelles conditions et à quel moment l'efficacité des réseaux de relations peut-elle être réduite par l'existence de groupes dominants en régime communautariste?

Dès que des réseaux de relations efficaces commencent à servir les intérêts d'un petit groupe, la domination des réseaux aura pour double conséquence d'occasionner des coûts économiques et de réduire le bien-être de la communauté.

L'acquisition d'une position dominante est possible en régime communautariste, mais les intérêts que l'on cherche à servir sont alors ceux d'un groupe. Dans le communautarisme, lorsqu'un individu entre dans un réseau de relations, le besoin de reconnaissance de ses intérêts personnels est moins grand parce qu'en contrepartie l'individu retire des avantages du réseau. Dans un réseau, il n'est pas nécessaire que les relations s'établissent entre égaux. Les structures hiérarchiques sont donc plus acceptables en régime communautariste. La dominance est donc une moins grande préoccupation, dans la mesure où des intervenants n'en retirent pas des avantages inévitables.

- **La dominance en régime communautariste**

Dans un régime communautariste qui fonctionne bien, les individus et les entreprises ont la possibilité d'entrer dans des réseaux de relations et d'en sortir. Le processus d'entrée et de sortie est vraisemblablement long. L'efficacité d'un réseau suppose une masse critique de membres. Dans une société communautariste progressiste, les vieux réseaux inefficaces disparaissent pour faire place à de nouveaux réseaux de relations compatibles avec les conditions nouvelles. Un bon réseau s'adapte aux besoins de ses membres et progresse avec le temps. De façon générale, on pourrait s'attendre à une concurrence entre les réseaux de relations en régime communautariste. Toutefois, les réseaux peuvent nuire au bien-être et à la liberté de la communauté dans une société communautariste. Prenons des exemples.

Premièrement, il est possible que des relations deviennent puissantes au point où d'autres relations ne puissent venir s'y ajouter. Comme de telles conditions peuvent empêcher une communauté de poursuivre son développement, dans le régime communautariste, l'exploitation abusive d'une position dominante sera sanctionnée uniquement dans la mesure où elle menace de réduire la capacité d'une société d'établir de nouvelles relations.

Deuxièmement, il est possible que par suite des efforts déployés pour s'étendre un réseau acquière, pour son groupe, une position dominante dans la communauté. Tant que le groupe dominant reste ouvert à de nouveaux membres et n'abuse pas de sa position dominante dans la communauté et sur le marché, il ne nuit pas à l'efficacité, à l'harmonie et à l'évolution de la communauté. Cependant, si un groupe exploite sa position dominante pour retirer des avantages injustes par rapport aux individus et entreprises membres de réseaux moins influents, il nuira au bien-être de la communauté.

Troisièmement, certains réseaux pourraient s'unir en groupements semblables à des cartels pour faire face à d'autres réseaux dans la communauté, ce qui aurait pour effet de réduire le bien-être social des entreprises et des individus qui ne font pas partie de ces groupements. Le cas échéant, il importerait de rétablir la liberté des parties désavantagées par l'exercice d'un contrôle sur la conduite des réseaux cartellisés dans la communauté.

De façon générale, les réseaux de relations peuvent être efficaces et avantageux pour la communauté, mais il se peut aussi que ces réseaux adoptent des lignes de conduite qui nuiraient à ceux qui n'en font pas partie et qui les priveraient des possibilités et de la liberté auxquelles ils ont droit. Ainsi, l'élaboration et l'application d'une politique de concurrence deviennent nécessaires dans un régime communautariste.

Lorsqu'il s'agit de contrôler l'exploitation d'une position dominante en régime communautariste, le besoin de recourir à l'imposition externe d'un ordre n'est pas aussi grand. Les relations entre les membres d'une communauté sont caractérisées par une meilleure entente entre eux et par une meilleure connaissance de la position de chacun. Il y a un moins grand besoin d'imposer depuis l'extérieur un ordre sous forme de logique, de lois ou de tribunaux pour aider les membres à se comprendre ou pour les inciter à se conformer à un cadre commun. L'ordre que procurent les lois a donc moins d'importance.

3.4 Le communautarisme et l'individualisme : analyse comparative

- **Les intérêts**

Si les individualistes privilégient leurs intérêts personnels, les communautaristes, eux, cherchent surtout à mettre en balance leurs besoins et ceux des autres avec lesquels ils entretiennent des relations à long terme. Les individualistes se concentrent sur leur propres droits et les communautaristes, sur la réalisation d'un équilibre entre leurs droits et leurs responsabilités envers les autres³². Les individualistes s'intéressent à la production et à la

³² Voir Winkler, Kenneth, « Communitarianism », *Utne Reader*, vol.111, 1994, p. 105 :

Le communautarisme est un mouvement fondé sur la recherche d'un équilibre entre les droits de l'individu et les responsabilités envers la communauté.

consommation dans leurs intérêts personnels. Les communautaristes s'intéressent à la production et à la consommation dans l'intérêt de la communauté à long terme. Pour cette raison, les communautaristes établissent des relations entre eux.

- **Les relations et les réseaux de nature commerciale et non commerciale**

Les individualistes ont surtout recours aux échanges commerciaux. Chaque opération commerciale est un recommencement. Lorsqu'un individualiste ne peut conclure un contrat exécutoire, il n'y voit pas l'avantage de renoncer à quelque chose aujourd'hui dans l'espoir d'un gain futur. Les communautaristes, eux, complètent les opérations commerciales par des échanges non commerciaux fondés sur des relations à long terme de nature économique et non économique. Les communautaristes ont recours aux institutions du réseau pour accroître leur richesse. Ils trouvent habituellement utile de coopérer avec d'autres intervenants parce que le processus se répète. Il se crée des réseaux de petits nombres de membres qui permettent aux communautaristes de se renseigner sur les résultats obtenus précédemment par d'autres intervenants. Pour les individualistes, le processus est inversé. Il leur est difficile de poursuivre la coopération lorsque les opérations ne sont pas répétées, lorsqu'ils ne sont pas renseignés sur les autres intervenants ou lorsque les intervenants sont nombreux³³.

- **Les horizons temporels et les retombées des marchés et des réseaux**

Les retombées économiques sont importantes dans une perspective tant statique qu'à long terme. Si les prix et les ventes ne tiennent pas compte des retombées, la conception individualiste peut s'avérer plus étroite que celle des communautaristes³⁴.

Bref, pour les individualistes, le jeu des forces de marché est le meilleur moyen d'atteindre leurs objectifs à court et à long terme. Comme les conditions sur les marchés ne sont pas toujours optimales (par exemple du point de vue des prix) ou qu'il peut y avoir absence de marché (surtout lorsqu'il existe d'importantes retombées), les possibilités offertes par le marché sont moins nombreuses et il se peut que les individualistes perdent un certain

³³ North, Douglas C., *op. cit.*, 1991, p. 97.

³⁴ Nous comparons la conception individualiste à une conception communautariste appliquée dans le secteur privé et tenant compte des retombées ou des externalités pour l'ensemble de la société ou de l'économie. Nous pensons que le communautarisme permet de tenir compte des retombées de manière plus étendue et moins coûteuse que l'individualisme. Toutefois, il ne s'agit pas de remplacer le fonctionnement du marché par l'intervention du gouvernement. D'ordinaire, le principal sujet des débats politiques à cet égard est de savoir si les bureaucrates peuvent obtenir de meilleurs résultats que ne peut en produire le jeu des forces de marché. Nous partageons entièrement l'avis des théoriciens néoclassiques suivant lequel, en règle générale, il faut privilégier les résultats auxquels aboutit le jeu des forces de marché plutôt que l'intervention gouvernementale. Toutefois, il s'agit là d'une toute autre question.

nombre d'occasions d'accroître leur bien-être. Lorsque les marchés font défaut, les communautaristes se tournent vers les relations. Même lorsqu'il existe des retombées, les communautaristes peuvent effectuer des opérations menant à une plus grande amélioration du bien-être social que ne le permettrait l'individualisme.

Dans le communautarisme, le rendement économique est déterminé par les institutions économiques et politiques. Avec le temps, les individus prennent connaissance des possibilités offertes par le réseau des institutions et ils en orientent l'évolution. Les croyances, les conventions et les normes et règles de conduite qu'ont assimilées les individus et les groupes sont transmises d'une génération à l'autre dans la société, par la voie de la culture. La concurrence entre les institutions, du fait de la rareté, favorise la survie des réseaux par l'acquisition de connaissances et par l'adaptation au changement. Toutefois, plus est grand le pouvoir de monopole d'une institution, moins est forte l'incitation à apprendre et à s'adapter³⁵.

- **La liberté et le règlement des différends**

La liberté individuelle est beaucoup plus étendue dans une économie individualiste qu'elle ne l'est en régime communautariste. Les individualistes s'engagent seuls avec beaucoup d'énergie, modifient et transgressent les façons de faire habituelles et mettent en question les règles et coutumes établies. De plus, ils sont disposés à assumer les conséquences négatives de leurs essais. Les individualistes sont des personnes d'action et leur société est en mouvement. Les individualistes ne se préoccupent pas du coût des occasions perdues en raison d'échecs du marché; les personnes ayant à subir ces coûts sont laissées pour compte. Les individualistes sont combatifs, insistants et énergiques lorsqu'ils cherchent à régler des différends et n'hésitent pas à recourir aux tribunaux ou aux instances administratives pour faire valoir leurs « droits ».

En revanche, les communautaristes accordent une grande importance aux conventions, aux traditions et aux façons de faire convenues et ils recherchent l'entente dans une communauté fondée sur l'interdépendance sociale et économique. Il n'est pas déshonorant pour eux d'agir comme les autres et de se conformer à des pratiques de longue date³⁶; au contraire, ils considèrent ces pratiques comme efficaces. Leur façon d'agir est pour eux le moyen de maintenir la cohésion et l'harmonie sociales. La continuité est de la plus haute importance pour les communautaristes. Ainsi, ils cherchent d'abord à régler les différends par des moyens informels au sein de la communauté, avant de recourir aux tribunaux.

³⁵ North, Douglas, *op. cit.*, Prix Nobel, 1993.

³⁶ Pour une analyse du comportement collectif conformiste, voir Shiller, Robert J., « Conversation, Information et Herd Behaviour », *American Economic Review*, vol. 85, mai 1995, p. 181-185.

Souvent, les différends sont réglés rapidement, de manière peu coûteuse et efficace, dans le cadre de réseaux sûrs de relations établis depuis longtemps. Le recours aux tribunaux et aux avocats peut s'avérer très coûteux.

- **La direction d'entreprise**

La réalisation des profits étant envisagée dans une perspective à long terme dans le communautarisme, les entreprises doivent donc veiller à survivre très longtemps. Elles doivent sacrifier la réalisation à court terme de profits plus élevés en faveur de leur longue survie. Dans l'individualisme, au contraire, l'entreprise est une « boîte noire », distincte de la communauté et sans obligation envers elle.

La perspective individualiste, à court terme et plus étroite, peut amener les entreprises à privilégier la maximisation des profits à plus court terme. En régime individualiste, les actionnaires insistent sur une évaluation trimestrielle des résultats. Par ailleurs, les gestionnaires d'entreprises ont, au mieux, la possibilité d'accepter d'avoir des profits plus faibles durant quelques trimestres s'ils peuvent espérer des profits futurs plus élevés, en se fondant sur des conditions complexes ou des renseignements techniques mal compris sur le marché boursier³⁷. Une telle possibilité est davantage susceptible d'exister dans le communautarisme que dans l'individualisme³⁸.

3.5 L'évolution des conceptions de la concurrence

Les régimes de concurrence sont adaptés en fonction de facteurs définis par la pensée économique, sociale, politique et religieuse. Même si, dans le passé, l'Europe et le Japon ont retenu des aspects de l'individualisme dans leur conception de la concurrence, ils ont élaboré des régimes nationaux de concurrence qui sont adaptés à leurs marchés et à leur société.

Aux États-Unis, comme nous le soutenons dans la section 4, l'objectif de la politique de concurrence est passé de la protection de l'équité à la recherche de l'efficacité, sans jamais perdre sa dimension individualiste. En Europe, l'individualisme a dû faire place aux exigences politiques de l'intégration « communautaire ». Au Japon, la conception de la

³⁷ Pour une analyse théorique du nivellement des bénéfices des entreprises dans un modèle ayant un horizon temporel plus long, voir Fudenberg, Drew et Tirole, Jean, « A Theory of Income and Dividend Smoothing Based on Incumbency Rents », *Journal of Political Economy*, vol. 103, février 1995, p. 75-93.

³⁸ Toutefois, ce n'est pas dire que les entreprises réussissent habituellement mieux dans le communautarisme que dans l'individualisme. Les différentes conceptions influent sur les stratégies adoptées par les entreprises, mais elles ne garantissent pas des résultats dans la pratique. L'évaluation des résultats est une opération purement empirique.

concurrence a d'abord été fondé sur le communautarisme, orientation qui s'est maintenue en dépit de l'influence de politiques de concurrence étrangères de conception individualiste.

L'évolution de la gestion d'entreprise a aussi favorisé l'interinfluence des pratiques commerciales des pays. Par exemple, les entreprises japonaises ont adopté les techniques de production de masse des fabricants américains et y ont ajouté des dimensions rentables comme la qualité, la fiabilité et la production différenciée en fonction des différents segments de marché. Durant les années 80, le secteur manufacturier américain, devenu moins compétitif, s'est intéressé aux pratiques japonaises. Par la suite, les entreprises américaines ont élaboré leur propre version de l'art japonais de l'amélioration constante de la qualité (*keizen*), à savoir la méthode de production (livraison) juste-à-temps et la production frugale³⁹. Dans l'Union européenne (UE) aussi, les fusions et les acquisitions transnationales ont concouru à l'interinfluence des pratiques de commerce et de gestion.

À la section 4, nous examinons l'évolution naturelle d'une politique de concurrence « structuraliste » sur un marché individualiste. Une politique de concurrence axée sur les structures vise le démantèlement des groupes ayant une position dominante et la décentralisation du pouvoir. Comme elle a pour objet d'accroître le nombre de concurrents sur un marché, elle convient tout particulièrement en régime individualiste.

4. Les États-Unis d'Amérique

Lorsque est né le mouvement antitrust aux États-Unis, la structure de la société était essentiellement établie. Ce pays, peuplé d'immigrants venus de nombreux pays, constituait un marché très hétérogène, déjà intégré à deux égards.

Premièrement, l'expérience nouvelle de la démocratie a aplani bon nombre des différences culturelles entre les immigrants. La liberté de mouvement qu'avaient déjà éprouvée les immigrants en venant aux États-Unis a été renforcée à mesure que la population s'est déplacée vers l'Ouest pour y occuper de nouvelles terres et utiliser ses capacités pour exploiter des possibilités nouvelles.

Deuxièmement, l'intégration matérielle du marché américain progressait grâce à la construction de chemins de fer, si bien que le marché américain a été le premier *marché commun* continental créant un libre-échange entre les États. Le commerce a connu un grand essor.

³⁹ « A Survey of American Business: Back on Top? », *The Economist*, le 16 septembre 1995, p. 5-6.

4.1 De l'équité à l'efficacité des structures

4.1.1 L'individualisme des pionniers

Les migrations vers l'Ouest américain se sont déroulées dans une atmosphère d'indépendance résolue. Tant les constructeurs de chemins de fer que les personnes bénéficiant de leurs services étaient des individualistes intéressés. Le processus d'intégration plus étroite des États américains a concouru à une autosuffisance économique accrue du pays et à son indépendance par rapport à l'Angleterre et au reste du monde.

- **Les trusts : érosion de l'équité et de la liberté**

Les propriétaires de chemins de fer ont créé des monopoles et accru leur puissance commerciale par la pratique des prix d'éviction. Les entreprises se sont concentrées en trusts pour écarter leurs concurrents et accroître leurs profits. Avec la perte de terrain des petites entreprises et des agriculteurs devant les trusts, il s'est produit aux États-Unis une redistribution du revenu en faveur des grandes entreprises. L'équité est devenue une préoccupation et la nature de la politique à mettre en oeuvre en conséquence s'est précisée.

- D'abord, en réponse au mécontentement populaire, le gouvernement des États-Unis a adopté, au cours des années 1880, la loi dite *Interstate Commerce Commission Act* qui avait pour objet d'empêcher les sociétés ferroviaires d'exercer leur pouvoir monopolistique.
- Ensuite, après avoir bridé les sociétés ferroviaires, le gouvernement des États-Unis a adopté des lois antitrust.

- **Les lois antitrust : rétablissement de l'équité**

Les lois antitrust se sont imposées par la forte mentalité pionnière aux États-Unis. Les petits propriétaires fonciers ont soutenu que les trusts avaient gonflé les prix industriels par rapport aux prix agricoles. Selon Bork :

Les lois antitrust s'inscrivent dans la bonne vieille tradition américaine du shérif d'une petite ville éloignée⁴⁰.

Les lois qui ont été adoptées traduisaient exactement l'éthique des pionniers pour ce qui est de définir ceux que la justice doit punir, ceux qu'elle doit récompenser et la manière dont elle doit être rendue.

⁴⁰ Bork, R., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978, p. 6.

De plus, lorsque la loi Sherman a été adoptée en 1890, environ 40 % de la main-d'oeuvre américaine travaillait en agriculture. Aux États-Unis, les lois antitrust sont autant le résultat des pressions des pionniers qu'elles l'ont été dans d'autres pays semblables, dont le Canada, qui a adopté une politique de concurrence en 1889, et l'Australie, qui a promulgué des lois antitrust en 1906⁴¹.

De façon générale, la genèse de l'adoption et de l'application des lois antitrust aux États-Unis peut se résumer ainsi :

- protection des petites entreprises;
- démantèlement des trusts;
- maintien de la liberté économique;
- fragmentation des grandes entreprises.

a. Pour qui sonne le glas : les petites entreprises

Les appels à la protection en provenance de nombreuses sources ont donné lieu à l'adoption d'une loi de la concurrence servant à protéger un certain nombre d'intérêts⁴². Les abus contestés étaient ceux des trusts qui faussaient le jeu des forces de marché par leur quête de profits et de puissance et qui cherchaient à imposer leurs intérêts aux autres. Les auteurs des lois antitrust des États-Unis ont reconnu la sympathie du public pour les petites entreprises.

b. Le son du glas : les trusts

Les petites entreprises pensaient être enfin affranchis de l'oppression qui a abouti à la révolte qu'a marquée le *Boston Tea Party*. Or, elles ont constaté que les dîmes et taxes sur le thé qu'avaient imposées le gouvernement colonial avaient été remplacées par les prix de monopole. L'adoption de la loi Sherman était donc l'application en économie de l'aversion

⁴¹ Scherer, F., *Competition Policies for an Integrated World Economy*, Washington, The Brookings Institution, 1994, p. 17.

⁴² Voir Bork, R., *The Antitrust Paradox*, *supra*; Blake et Jones, « Toward a Three Dimensional Antitrust Policy », *Columbia Law Review*, vol. 65, 1965, p. 422; Scherer, F. M., *Competition Policies for an Integrated World Economy*, Washington, The Brookings Institution, 1994; Elzinga, K. G., « The Goals of Antitrust: Other than Competition and Efficiency, What Else Counts? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 125, p. 1191; Lande, « Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust », *Antitrust Law Journal*, vol. 58, p. 631; Sullivan, L. A., « Economics and More Humanistic Disciplines: What Are the Sources of Wisdom for Antitrust? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 125, p. 1214; Timberg, « European and American Antitrust Laws: A Comparison » *Antitrust Bulletin*, vol. 131, 1962.

des fondateurs des États-Unis pour l'abus des pouvoirs publics. L'application des lois antitrust visait à substituer le contrôle par la main invisible d'un marché concurrentiel à la force visible d'entreprises géantes qui se comportaient comme des gouvernements privés.

c. Les cloches sonnent la liberté

La loi Sherman a été conçue comme une charte de la liberté économique⁴³. Les énormes profits des trusts monopoleurs et leur imposante taille le rendaient très puissants sur le marché. Une telle puissance commerciale leur procurait, à l'égard du marché, l'indépendance voulue pour imposer leur propre discipline sur leurs concurrents et leurs clients. La loi Sherman visait à la fois les ententes ayant pour effet de limiter le commerce et de créer des trusts et des positions dominantes, et la puissance qui pouvait être exercée en conséquence.

Pour brider cette puissance indépendante, il fallait mettre fin aux ententes anticoncurrentielles et aux positions dominantes et permettre l'interaction des concurrents sur le marché, surtout des petites entreprises, pour qu'elles puissent reconquérir la liberté d'agir.

Par exemple, l'article 1 de la loi Sherman proclame l'illégalité de tout accord ou de toute entente, exprès ou tacite, entre deux parties ou entreprises ou plus, ayant pour effet de restreindre les échanges de tout produit ou service. L'article 1 traite de l'illégalité *per se*⁴⁴ des ententes ou des relations à l'origine des trusts. En outre, l'article 3 de la loi Clayton rend illégal de conclure, à l'égard de produits, d'articles, de marchandises, de machines, de fournitures ou d'autres biens, des ententes pouvant constituer des ententes de ventes liées, des ententes d'exclusivité de vente ou des ententes d'approvisionnement exclusif, si elles ont pour effet de réduire sensiblement la concurrence⁴⁵. De plus, l'article 5 de la loi sur la

⁴³ Rahl, « Competition and Antitrust in the United States and the EEC », *Common Market Law Review*, vol. 7, n° 205, 1970, p. 294 (renvoi à *Northern Pacific Railway v. U.S.*, 356 U.S. 1, (4), 1958, p. 4.).

⁴⁴ En vertu de la règle *per se*, il n'est pas nécessaire pour le plaignant de faire la preuve d'une certaine conduite, ni de montrer qu'elle appartient aux pratiques dont le caractère anticoncurrentiel est à ce point évident que la prohibition *per se* devient applicable. Lorsqu'un tribunal conclut que s'applique la règle *per se*, aucune autre preuve des effets anticoncurrentiels n'est requise. Suivant la *règle de la raison*, par contre, le plaignant ou le requérant est tenu de montrer que la pratique contestée a nui à la concurrence.

⁴⁵ Au sujet de ces restrictions verticales, voir Sharma, I. Prakash, Thomson, Prue et Christie, Keith H., « Delivering the Goods: Manufacturer-Retailer Relations and the Implications for Competition and Trade Policies », *Document du Groupe des politiques*, n° 94/11, Ottawa, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, décembre 1994.

Commission fédérale du commerce (*Federal Trade Commission Act*) interdit toute pratique de concurrence déloyale ou pratique trompeuse⁴⁶.

L'article 2 de la loi Sherman interdit à toute entreprise, seule ou en collaboration avec une autre, d'exercer ou de tenter d'exercer un monopole sur un produit ou service donné. Cet article a directement trait aux préoccupations des petites entreprises en visant le premier élément, la puissance.

Les lois antitrust devaient veiller aux intérêts de tous les intervenants, dont les monopoleurs aveuglés par leurs propres intérêts. Leur taille était nuisible non seulement aux petites entreprises, mais aussi aux grandes elles-mêmes. En se soustrayant au jeu des forces du marché, les entreprises géantes inversaient le processus darwinien de la sélection naturelle sur le marché, si bien que les survivants étaient non pas les plus habiles et les plus sains, mais les plus gauches et les plus lourds.

d. Le glas : la jurisprudence des structures

Dans la véritable optique pionnière, les « justiciers » de l'antitrust n'ont pas analysé les preuves, établi de distinction entre les suspects, ni mis fin aux délits; il se sont limités à patrouiller le marché et, de temps à autre, à punir quelques coupables, surtout les très grands. Dans une des toutes premières poursuites antitrust, contre les chemins de fer, il est clairement ressorti, dans une optique axée sur les structures, que la règle *per se* était la règle à appliquer et qu'elle devait être appliquée sévèrement⁴⁷.

Lorsque la Cour suprême des États-Unis a conclu, en 1911, que la société Standard Oil avait enfreint la loi Sherman et devait être fragmentée en 34 entreprises distinctes, il est apparu clairement que le Congrès avait créé une arme puissante contre les monopoles. Par la suite, les tribunaux américains ont rendu des ordonnances de fragmentation contre d'importantes « structures », notamment la société American Tobacco (1911), la société du Pont (1912), la Pullman Company (1944), les cinq principales sociétés cinématographiques (années 1940) et la société American Telephone and Telegraph (1982).

⁴⁶ *Sherman Act*, 15 U.S.C., Section 1; *Clayton Act*, 15 U.S.C., Section 14; *Federal Trade Commission Act*, 15 U.S.C., Section 45.

⁴⁷ Bork, R., *op. cit.*, 1965, p. 6.

4.2 De l'efficacité à l'antitrustualisme

4.2.1 L'équilibre judiciaire

Tandis que les autorités antitrust partaient en guerre contre les trusts, les tribunaux américains ont tenté de détourner le gouvernement des États-Unis de son insistance sur les entreprises de grande taille pour l'amener à considérer les avantages de cette grande taille et aussi pour limiter le pouvoir des autorités antitrust.

En 1911, au plus fort de la campagne de déconcentration des entreprises, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *American Tobacco*, a reconnu qu'elle s'intéressait non pas à « toute » entente ayant pour effet de restreindre les échanges, mais uniquement à celles qui entraînaient une restriction « indue »⁴⁸. La détermination du caractère indu suppose nécessairement l'examen des effets d'une mesure, lequel entraîne bien plus que le fait de se limiter à déterminer si une activité correspond exactement à ce qui est frappé d'interdiction.

La théorie économique de l'École de Chicago en matière antitrust est fondée sur cette conception individualiste. Les membres de cette École ont soutenu que la lutte antitrust n'avait pas pour objet le bien-être des petites entreprises et le contrôle du pouvoir, mais le bien-être des consommateurs par voie des prix.

La maximisation du surplus économique, qui est la somme du surplus des consommateurs et du surplus des producteurs, est le but avoué de la politique antitrust de l'École de Chicago⁴⁹.

4.2.2 L'École de Chicago

Les membres de l'École de Chicago ont reconnu l'objectif d'équité que visaient les mesures antitrust, mais ils ont soutenu que la recherche de l'efficacité était le meilleur moyen d'atteindre cet objectif.

L'École de Chicago propose, au lieu de s'attaquer directement aux questions d'équité comme celle de la puissance commerciale, de prêter attention aux prix. Au lieu de se concentrer sur la lutte entre les petites entreprises et les grandes, l'École de Chicago s'attache à la lutte entre producteurs et consommateurs. Pour les producteurs, les profits sont ce qui importe le plus, tandis que pour les consommateurs, les prix sont la principale préoccupation. Les producteurs souhaitent voir croître les profits, tandis que les consommateurs espèrent les voir diminuer.

⁴⁸ *U.S. v. American Tobacco*, 221. U.S. 106, 179, 1911.

⁴⁹ Hovenkamp, « Chicago and Its Alternatives », *Duke Law Journal*, 1986, p. 1018.

La recherche de l'efficacité est, pour les membres de l'École, le moyen d'atteindre aussi d'autres objectifs idéaux, par exemple la liberté de choix et l'allocation équitable des ressources. Les arrangements inefficaces sont aussi contraires à l'équité. La concentration des efforts sur les sources d'inefficacité concourrait donc à accroître l'équité.

L'efficacité n'est pas un objectif ultime. Elle représente un objectif intermédiaire qu'il faut chercher à atteindre pour favoriser la liberté de choix, pour servir d'autres intérêts des consommateurs et pour permettre l'utilisation optimale des ressources d'une société⁵⁰.

Bref, la recherche de l'efficacité par l'application de lois antitrust convient à la réalisation de l'objectif d'une allocation équitable du revenu. Les objectifs d'équité peuvent être atteints indirectement et sans frais par des mesures visant directement les structures et les pratiques inefficaces et anticoncurrentielles sur le marché⁵¹.

L'École de Chicago a soutenu que l'interaction des concurrents sur le marché produirait des résultats efficaces. Le jeu des forces de marché concourt à l'efficacité et à l'équité de l'allocation des ressources. La grande taille des entreprises et les arrangements qu'elles font entre elles devraient être examinés sous l'angle de l'efficacité, ce qui suppose que l'intervention du gouvernement, entre autres par des mesures antitrust, doit être réduite, mais non pas inexistante.

4.2.3 L'École de Chicago et les tribunaux

Un exemple de l'application de la règle *per se* populiste a été l'affaire *Schwinn*, dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a conclu, en 1967, que la commercialisation par territoire et d'autres restrictions imposées par le fabricant de bicyclettes Schwinn à ses distributeurs constituaient des infractions *per se* à la loi Sherman⁵².

Le premier exemple de la nouvelle idéologie préconisée par l'École de Chicago a été fourni à peine dix ans plus tard, en 1977, dans l'affaire *Sylvania*⁵³, où la Cour suprême des États-Unis n'a pas appliqué la règle *per se* comme elle l'avait fait dans l'affaire *Schwinn*,

⁵⁰ Fox, E. M., « The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium », *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, p. 1180.

⁵¹ Elzinga, K.G., « The Goals of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 125, p. 1195 et 1202.

⁵² *U.S. v. Arnold, Schwinn & Co. et al.*, 388 U.S. 365, 1967.

⁵³ *Continental T.V. Inc. et al., v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 58, 59, 1977.

mais s'est plutôt inspirée expressément des écrits de commentateurs de l'École de Chicago⁵⁴. La Cour a posé une règle de raison énoncée ainsi :

Le responsable de l'enquête évalue toutes les circonstances d'une affaire pour déterminer s'il y a lieu d'interdire une pratique restrictive parce qu'elle restreint de façon déraisonnable le jeu de la concurrence⁵⁵.

Lorsque l'efficacité est devenue l'un des facteurs à prendre en considération, on a tenté d'en accroître le rôle. Dans l'affaire en cause et dans d'autres qui ont suivi, les valeurs économiques, si elles n'ont pas été les seules retenues, ont acquis une plus grande importance que les valeurs de nature sociale et politique. L'imposition de restrictions de nature verticale ou territoriale par un fournisseur ayant une position dominante à ses distributeurs peut procurer des gains d'efficacité qui l'emportent sur d'autres considérations.

- **Le primat de l'efficacité économique**

L'affaire *Engineers*, entendue en 1978 fournit le premier exemple de rejet direct des facteurs sociaux en faveur de celui de l'efficacité⁵⁶. Les ingénieurs, qui avaient convenu d'interdire les soumissions, ont soutenu que les soumissions concurrentielles abaisseraient les prix à un point tel qu'il serait impossible de fournir la qualité et la sécurité souhaitables du point de vue social. La Cour suprême des États-Unis a jugé cette défense inacceptable pour la prise de décisions tant par les entreprises que par les tribunaux. L'unique objectif qu'il convient de retenir pour une entreprise est celui de la recherche individualiste de la maximisation des profits. Les seuls facteurs qui importent pour un tribunal de la concurrence sont ceux qui influent sur le jeu de la concurrence, le principal étant celui de l'efficacité⁵⁷.

⁵⁴ Hawk, Barry, « The American (Antitrust) Revolution: Lessons from the EEC? », *European Competition Law Review*, 1988, vol. 53, p. 60; voir aussi *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* 472 U.S. 585, 1985; *Fishman v. Estate of Wirtz*, 807 F. 2d. 742, (7th Cir.), 1986.

⁵⁵ Schechter, « The Rule of Reason in European Competition Law », *Legal Issues of European Integration*, p. 7 (renvoi à l'affaire *Sylvania*, p. 49).

⁵⁶ *National Society of Professional Engineers v. United States* 435 U.S. 679, 1978.

⁵⁷ Voir Korah, « From Legal Form Toward Economic Efficiency », Article 85(1) of the EEC Treaty in Contrast to U.S. Antitrust », *Antitrust Bulletin*, vol. 35, 1990, p. 1010 (renvoi à R. Bork, *The Antitrust Paradox*, p. 7 et suivantes) :

Une analyse des valeurs à retenir dans le droit proprement dit révèle que l'unique objectif légitime du droit antitrust est la maximisation du bien-être du consommateur. Or, ces valeurs ne sont précisément pas retenues dans le droit antitrust en vigueur parce que la Cour suprême a créé des objectifs contradictoires, le principal étant la survie ou le bien-être de la petite

Le principe de l'équité, sur lequel reposait le droit antitrust américain, a été abandonné et remplacé par le principe de l'efficacité, évaluée surtout du point de vue des consommateurs.

Lorsqu'il a été reconnu que la grande taille des entreprises et les arrangements conclus entre elles concernant les prix n'étaient pas mauvais en soi (règle *per se*), il est devenu facile de soutenir que la grande taille pouvait aussi être avantageuse.

La grande taille concourt à accroître le rendement économique en permettant aux producteurs de réaliser des économies d'échelle et de procurer aux consommateurs l'avantage de prix réduits. Le point de mire s'est ainsi déplacé de la rivalité entraînant la baisse des prix à l'efficacité menant à des prix réduits. Cette réorientation a notamment les conséquences suivantes :

Les fusions permettent de réaliser les économies d'échelle nécessaires à l'efficacité, à la productivité, à l'innovation et à la compétitivité internationale. Les analyses économiques laissent entendre que les lois antitrust ne devraient pas contenir de dispositions strictes concernant les fusions⁵⁸.

La conception du droit antitrust suivant laquelle ce qui est grand est mauvais et ce qui est petit est bon a été entièrement rejetée. Les lois antitrust ont pour objet principal d'empêcher que les consommateurs aient à payer des prix supérieurs aux prix concurrentiels. Ces prix trop élevés représentent la prise ou la soustraction déloyale de biens appartenant aux consommateurs⁵⁹.

- **La période des regroupements**

La réorientation de la pensée économique et de l'interprétation judiciaire a progressivement imprégné l'application des lois par le gouvernement. Les autorités antitrust sous les gouvernements Reagan et Bush ont rejeté l'application des lois antitrust fondée sur les structures. Affranchis du critère de la petite taille, les producteurs se sont empressés d'adopter la vision antistrukturaliste. Durant les années 80, période qualifiée d'« ère des

entreprise.

Voir aussi Elzinga, K. G., *op. cit.*, p. 1194-1995 :

Par conséquent, la politique antitrust n'a pas à viser directement l'accroissement du pouvoir d'achat des pauvres, parce qu'elle y concourt indirectement lorsqu'elle interdit les cartels et les monopoles dans la seule quête de l'efficacité.

⁵⁸ Adams, Walter et Brock, James W., « Revitalizing a Structural Antitrust Policy », *Antitrust Bulletin*, 1994, p. 240.

⁵⁹ Lande, R., *op. cit.*, p. 632.

regroupements », les méga-regroupements et méga-fusions se sont multipliés en nombre sans égal depuis le grand essor des trusts au tournant du siècle.

Comme il fallait s'y attendre, la réaction s'est fait sentir. Adams et Brock par exemple, ont réalisé une série exhaustive d'études empiriques révélant que la frénésie des regroupements a eu les conséquences suivantes :

- désorganisation sociale;
- inefficacité;
- lourdeur bureaucratique;
- compétitivité mondiale réduite du secteur industriel américain.

Par comparaison, les petites entreprises qui ont réussi à éviter les fusions ont connu un grand succès et étaient très rentables, voire hyperefficaces⁶⁰.

Ainsi, le mouvement du pendule reprend. En raison des conséquences énumérées ci-dessus, la pensée antistrukturaliste de l'École de Chicago est de plus en plus remise en question. Certains penseurs cherchent à rétablir, dans la politique antitrust américaine, la place des principes fondamentaux (populistes) d'équité de la conception individualiste⁶¹.

4.2.4 Les États-Unis exportent leur conception antitrust

Avant la montée et la révision subséquente de l'antistrukturalisme de l'École de Chicago, les États-Unis avaient exporté leur conception individualiste de la concurrence et

⁶⁰ Adams et Brock, *op. cit.*, 1994. Cependant, toutes les fusions n'ont pas abaissé le bien-être social. Une restructuration bien pensée peut améliorer le rendement d'une entreprise à long terme.

⁶¹ Fox, E. M., « Antitrust, Trade and the Twenty First Century - Rounding the Circle », *The Handler Lecture*, New York, le 26 mai 1993; Fox, E. M., « The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium », *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, p. 1140; Fox, E. M., « The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Making: Antitrust as a Window », *New York University Law Review*, vol. 61, 1986, p. 554; Elzinga, K. G., « The Goals of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 125, p. 1191; Lande, R., « Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust », *Antitrust Law Journal*, vol. 58, p. 631.

leurs lois sur la concurrence⁶². Les deux prochaines sections décrivent l'évolution de ces deux constructions individualistes dans des régimes moins individualistes.

5. Le Japon

5.1 La concurrence avant l'occupation

5.1.1 La concurrence en régime communautariste

Le marché japonais est essentiellement communautariste. Les relations sont le fondement de la société et des affaires au Japon. Par exemple, les tout premiers groupements commerciaux (*zaibatsu*) étaient des « structures » fondées sur les relations familiales. D'autres importantes caractéristiques signalées par certains commentateurs sont l'homogénéité ethnique du Japon, la rareté de ses ressources et son insularité.

Au Japon, la concurrence s'exerce dans le cadre des relations, lesquelles ont des effets déterminants sur l'intensité, le caractère direct et les résultats de la concurrence⁶³.

- Premièrement, la concurrence s'exerce entre des groupes plutôt qu'entre ou contre des individus. Des groupements de commerçants (*za*) se font concurrence depuis des siècles. Les groupements peuvent se livrer à une vive concurrence, mais elle n'est jamais brutale et ne s'intensifie jamais au point de détruire la relation.

La classe des commerçants japonais a au moins mille ans. Les hommes d'affaires s'organisaient en groupes dont le nom, *za*, est tiré de la place où s'effectuaient les opérations commerciales⁶⁴.

⁶² Voir Timberg, *op. cit.*, p. 131 :

Depuis la Seconde Guerre mondiale, les États-Unis exportent des valeurs, à savoir leur conception de la concurrence et la riche expérience pratique acquise durant soixante-dix ans d'application de la loi Sherman et d'autres lois antitrust. Le processus a débuté lorsque les militaires et dirigeants d'Allemagne et du Japon ont adopté, dans ces pays, des mesures détaillées de décartellisation inspirées de celles des États-Unis.

⁶³ Iyori, « Antitrust and Industrial Policy in Japan: Competition and Cooperation », sous la direction de Saxonhouse et Yamamura, dans *Law and Trade Issues of the Japanese Industry*, Seattle, University of Washington Press, 1986, p. 61.

⁶⁴ Angelo, « Big Business and the Law in Japan - An Historical and Contemporary Conspectus », *University of Wellington Law Review*, Victoria, 1975-1976, n° 8, p. 115.

- Deuxièmement, la concurrence est moins directe et moins conflictuelle. Les vaincus continuaient de faire partie des groupes. Même les commerçants qui réussissaient le mieux restaient liés par une structure de classe qui les maintenait dans la sujétion de l'empereur et de ses samourais⁶⁵.

La position du commerçant a continué de se raffermir jusqu'au début de la dynastie des Tokugawa, en 1603. C'est alors que s'est opérée une stratification beaucoup plus rigoureuse qu'auparavant de la société, suivant la doctrine confucéenne, si bien que des quatre classes de la société, les commerçants appartenaient à la plus basse⁶⁶.

- Troisièmement, l'éthique de la concurrence n'admet pas l'ostentation. Comme l'étalage ostentatoire de la prospérité commerciale menait à la confiscation, il était nécessaire de recycler les profits dans le groupe pour ne pas les perdre.

Les commerçants aux monopoles bien en main ont connu une grande prospérité financière, mais, sur le plan social, ils demeuraient opprimés; leurs biens étaient confisqués s'ils en faisaient étalage. Les commerçants sont donc devenus une force invisible dans la nation. Les pressions culturelles ont imposé la clandestinité aux groupes de commerçants qui sont devenus encore plus impénétrables et adroits qu'auparavant⁶⁷.

Pour ces raisons, la concurrence au Japon est plus subtile qu'elle ne l'est en Occident; elle vise encore la maximisation des profits, mais cet objectif est souvent soumis à des impératifs sociaux.

5.1.2 La concurrence individualiste venue de l'étranger

Lorsque le Japon a dû ouvrir son marché aux commerçants occidentaux, les échanges ont aussi amenés deux nouveaux concepts.

- Premièrement, avec l'arrivée du concept de droit s'est amorcée l'érosion du régime féodal, qui a entraîné une amélioration relative du statut social des commerçants. Les commerçants ont donc pu jouer un plus grand rôle au Japon et exiger davantage du

⁶⁵ Benedict, Ruth, *The Chrysanthemum and the Sword*, Tokyo, Tuttle, 1954, p. 154.

⁶⁶ Angelo, *op. cit.*, p. 116.

⁶⁷ Angelo, *ibid.*

gouvernement. Par exemple, la confiscation des profits par l'État a été remplacée par la nationalisation de branches industrielles⁶⁸.

- Deuxièmement, les Japonais sont entrés en contact avec des entreprises américaines qui professaient la doctrine de la concurrence individualiste et conflictuelle dans l'esprit pionnier, et ce phénomène a amené l'introduction de produits à faibles prix et en franchise de droits.
- **La cartellisation et les réseaux de relations**

La concurrence conflictuelle était étrangère aux Japonais⁶⁹. Les commerçants japonais ont demandé d'être protégés contre la concurrence conflictuelle, mais non pas contre la concurrence elle-même, et ils ont tenté de freiner leurs pertes par la cartellisation. Les premiers cartels au Japon sont apparus lors de la fondation de la fédération du papier en 1880 et de la fédération des textiles en 1882. En 1907, sous l'effet de la récession occasionnée par la guerre entre le Russie et le Japon (1904-1905), les cartels se sont multipliés et des groupements commerciaux (*zaibatsu*) plus visibles sont apparus. Les entreprises japonaises ont demandé l'adoption de lois favorisant les cartels et l'application de ces dernières par les tribunaux. La législation favorisant les cartels, promulguée en 1925, comprend la loi sur les associations d'exportation et la loi sur les associations de fabricants d'importants produits d'exportation⁷⁰.

Consommateurs et concurrents au Japon ont formulé des plaintes au sujet des prix de monopole qui ont résulté, mais ils ne sont pas remontés à la source du problème et n'ont pas proposé l'adoption par le gouvernement d'une loi sur la concurrence. Les tribunaux n'ont pas non plus conclu à l'illégalité des accords visant la fixation des prix. Dans des décisions rendues entre 1907 et 1935, les tribunaux japonais ont toujours conclu que les accords de

⁶⁸ Voir Angelo, *op. cit.*, p. 118 :

Le système de classe a été aboli et le régime commercial a été transformé par la nationalisation d'un certain nombre d'activités industrielles existantes, par la création par l'État de nouvelles industries et par la prise en main des finances nationales par l'État.

⁶⁹ Ramseyer, « Lawyers, Foreign Lawyers and Lawyer-Substitutes: the Market for Regulation in Japan », *Harvard International Law Journal*, vol. 27, 1986; voir aussi Wilks, *The Revival of Japanese Competition Policy and its Importance for EU-Japan Relations*, Londres, Royal Institute of International Affairs, 1994, p. 12.

⁷⁰ De même, en 1933, les États-Unis ont adopté la loi sur la relance industrielle nationale (*National Industrial Recovery Act*) autorisant dans une certaine mesure les ententes de cartellisation; en Allemagne, la loi visant l'établissement de cartels obligatoires a été promulguée pour permettre la création de cartels et le recours de l'État à ces cartels comme mécanisme de contrôle économique. Voir Iyori, *op. cit.*, p. 228 et 232; Iyori et Uesugi, *The Antimonopoly Laws of Japan*, Milwaukee, 1983, p. 2; Angelo, *op. cit.*, p. 118.

prix entre des concurrents n'étaient pas illicites, contrairement aux tribunaux des États-Unis qui ont jugé les cartels illicites *per se*⁷¹.

- **La cartellisation en régime impérialiste**

Au Japon, les cartels étaient perçus comme une défense économique nécessaire contre les récessions et la concurrence internationale et comme un appui essentiel des efforts militaires et politiques du gouvernement japonais, qui souhaitait fonder un empire en Asie. Les grands groupements commerciaux (*zaibatsu*) qui se sont formés entre 1868 et 1945 ont appuyé les opérations militaires du Japon. Le programme impérialiste de la plus grande envergure qu'ait entrepris le Japon a été la campagne d'acquisition, de colonisation et d'expansion entreprise avant la Seconde Guerre mondiale, en vue de la création de la sphère de coprosperité de la Grande Asie⁷².

5.2 La politique de concurrence sous l'occupation

Pendant l'occupation du Japon, le Proconsulat exercé par les États-Unis a tenté de rompre les liens étroits entre les groupes commerciaux et les pouvoirs publics. Le programme de déconcentration économique et politique avait six objectifs⁷³ :

- démanteler les principales sociétés de portefeuille;
- éliminer la participation croisée et la représentation dans les organes de direction de plusieurs entreprises;
- mettre fin à l'influence des entreprises familiales (*zaibatsu*);
- réaffecter les membres de la direction de combinats;
- fragmenter les énormes entreprises d'exploitation;
- adopter des lois antitrust permanentes.

Le programme du Proconsulat comportait aussi trois importantes dimensions :

- une importante démocratisation : le principal changement a été le déplacement du pouvoir constitutionnel de l'empereur vers le peuple et l'introduction d'une plus grande protection des droits et libertés, auquel se sont ajoutées d'importantes

⁷¹ Voir, par exemple, *Nakaguchi et al. v. T. Hata*, Haute Cour d'Osaka, le 15 février 1907; *H. Yokoi v. Osaka Shuruisho Dogyokumiai*, Cour suprême, le 19 juillet 1920; *G. Nagai v. Tokyo Yakugyo Dogyokumiai*, Cour suprême, le 26 novembre 1935.

⁷² Angelo, *op. cit.*, p. 119.

⁷³ Hadley, *op. cit.*

réformes du droit commercial et du droit civil pour les rendre conformes aux principes de démocratie et de justice fondés sur l'équité en common law aux États-Unis;

- la séparation de l'État et du milieu des affaires : abolition de toutes les lois adoptées avant ou durant la Seconde Guerre mondiale prévoyant la coopération entre le gouvernement et les entreprises en vue d'autoriser les cartels et les trusts, de restreindre la concurrence et de diriger le marché;
- la déconcentration des groupements commerciaux.

Le démantèlement des groupements commerciaux visait à introduire au Japon la concurrence individualiste plus rapidement qu'elle ne s'instaurait depuis 75 ans.

Pour garantir l'exécution de la réforme par les groupements, la *Loi antimonopole* de 1947 a été adoptée. Elle représentait une version renforcée des lois antitrust des États-Unis, si bien que le Japon se trouvait doté d'une des lois de la concurrence ayant la plus grande portée au monde.

5.2.1 Le superstructuralisme : version initiale

La version initiale de la *Loi antimonopole* prévoyait l'illégalité *per se* dans trois circonstances :

- la restriction du commerce;
- le monopole;
- les pratiques commerciales déloyales.

L'article 4 prohibait toute entente horizontale touchant les prix, la quantité ou d'autres modalités. L'article 9 proclamait l'illégalité des entreprises de portefeuille. L'article 11, qui limite à 5 % la participation croisée (détenue par une entreprise dans une autre) ou la participation par des sociétés financières, est propre au Japon car il n'existe pas de disposition équivalente dans les lois antitrust des États-Unis. L'article 13 impose des limites à la représentation dans les organes de direction de plusieurs entreprises. Ces dispositions visaient à rompre les liens sur lesquels étaient fondés les affaires au Japon.

En conséquence de l'application de ce régime superstructuraliste, beaucoup plus sévère au Japon que ne l'était le régime que les États-Unis s'imposaient à eux-mêmes, l'économie du Japon a fait l'objet du programme de démantèlement des trusts et de réorganisation des structures le plus étendu de l'après-guerre. De nombreuses sociétés de portefeuille géantes du Japon ont été morcelées, les deux plus grandes — Mitsui et Mitsubishi — ayant été subdivisées en quelque 200 entreprises distinctes. Les tribunaux

japonais et la nouvelle Commission de commerce équitable (*Fair Trade Commission* — FTC) jugeaient les cartels illicites *per se*.

5.3 La concurrence après l'occupation

Les entreprises japonaises étaient mécontentes de l'application sévère de la politique de concurrence américaine bien avant la fin du Proconsulat, en 1952. Les groupements industriels et les ministères ont fait valoir que le Japon, contrairement aux États-Unis, n'avait ni les ressources abondantes ni un vaste territoire pouvant favoriser l'épanouissement d'une concurrence individualiste à la manière des pionniers. À leur avis, les dispositions de la *Loi antimonopole* ne convenaient pas au Japon et représentaient une politique d'affaiblissement de l'industrie japonaise⁷⁴.

5.3.1 Le structuralisme à petite échelle : recul de la concurrence individualiste

La menace du communisme en Asie et les pressions exercées par les entreprises américaines à la recherche d'un nouveau marché ont incité le Proconsulat à assouplir son programme de déconcentration en autorisant les entreprises japonaises à s'unir et en facilitant le rapprochement des entreprises américaines et des entreprises japonaises au moyen des investissements et de la coopération technique⁷⁵. Ce revirement n'a guère rendu le public japonais plus favorable à la politique de concurrence.

Tandis que les Américains briseurs de trusts tenaient des discours contradictoires, les Japonais, unis depuis des siècles par les règles de la création de trusts, unissaient leurs voix contre le démantèlement des trusts. Des représentants d'entreprises récemment démantelées se sont fait entendre dès le retrait de l'occupant américain. Bref, l'érosion du superstructuralisme s'est opérée de trois façons.

- **Abrogation ou modification.** Premièrement, les dispositions d'application de la règle *per se* frappant le plus sévèrement les structures ont été abrogées ou modifiées. Les dispositions de l'article 4 ont été atténuées de manière à n'interdire que les mesures ayant pour effet de réduire sensiblement le jeu de la concurrence. D'autres dispositions d'application de la règle *per se* ont été éliminées, par exemple celles de l'article 8 traitant des monopoles, tandis que d'autres encore ont été remplacées par

⁷⁴ Voir Chapman, William, *Inventing Japan: An Unconventional Account of the Postwar Years*, New York, Prentice Hall, 1991, p. 103.

⁷⁵ Sawada et Brown, « American-Japanese Antitrust Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 2, 1963, p. 92.

des dispositions prévoyant l'application de la règle de raison **suivant la conception japonaise**⁷⁶.

- **Exemptions.** La deuxième forme d'érosion a consisté à soustraire les activités commerciales à l'application de la *Loi antimonopole*. L'année où a pris fin le Proconsulat a aussi été marquée par des exemptions sectorielles autorisant la création de cartels en périodes de crise ou à des fins de rationalisation. Signalons, par exemple, l'adoption, dans les années 50, de la loi sur les mesures provisoires de rationalisation de l'industrie houillère, de la loi sur les mesures provisoires pour l'expansion de l'industrie de la machinerie et de la loi sur les mesures provisoires pour l'expansion de l'industrie électronique. Le ministère de l'Industrie et du Commerce international (MITI) a tenté d'assouplir l'application de la *Loi antimonopole* par l'établissement d'exemptions ou par le recours à des prescriptions administratives visant à limiter la **concurrence abusive**.
- **Application de la règle de raison dans la loi et par les tribunaux.** Troisièmement, la *Loi antimonopole* a réécrite de manière qu'y soit incorporée l'application de la règle de raison dans l'examen de la position dominante, plutôt que l'application déraisonnable de la règle *per se* prohibant tout groupement. Une fois atténuées les dispositions prohibant les groupements, il devenait possible de former des cartels dans des branches d'activité qui étaient en crise ou inefficaces (rationalisation) et d'établir des exemptions concernant l'imposition des prix de revente⁷⁷.

Les tribunaux n'ont pas tardé à rendre successivement inopérantes les dernières prohibitions.

⁷⁶ Uesugi, « Japanese Antimonopoly Policy: Its Past and Future », *Antitrust Law Journal*, vol. 50, 1981, p. 711.

⁷⁷ L'imposition des prix de revente est une entente verticale concernant les prix par laquelle un fabricant-fournisseur tente d'enlever à un revendeur la totalité ou une partie de sa latitude en matière d'établissement des prix. Les détaillants qui fixent le prix de revente à un niveau inférieur au prix minimal établi par le fabricant-fournisseur s'exposent à perdre leurs privilèges de distribution. L'imposition des prix de revente peut aussi prendre la forme d'un prix maximal ou d'un prix fixe.

- En 1953, dans l'affaire *Asahi Shimbunsh*⁷⁸, le tribunal a décidé que la prohibition concernant les ententes horizontales s'appliquerait uniquement dans les cas de position dominante⁷⁹.
- Dans l'affaire *Toho and Shinto*⁸⁰, le tribunal a même supprimé cette faible prohibition contre les ententes verticales, concluant que la prohibition des monopoles s'appliquait uniquement lorsque les intervenants occupaient une position dominante⁸¹.
- Dans l'affaire *Kikkoman*⁸², le tribunal a clairement supposé, à la manière structuraliste, que seules les entreprises puissantes pouvaient agir de façon anticoncurrentielle⁸³.

Parallèlement toutefois, le tribunal a reconnu l'importance des relations dans les affaires au Japon en admettant qu'il pouvait y avoir un **contrôle** même sans rapport direct entre des

⁷⁸ *Asahi Shimbunsha et al. v. FTC*, Haute Cour de Tokyo, le 9 mars 1953.

⁷⁹ Voir Ariga, *op. cit.*, p. 452-453 :

La prohibition *per se* que prévoit l'article 3 - aucune entreprise ne tentera de restreindre déraisonnablement le commerce - s'appliquait uniquement dans les cas de position dominante. Les termes, qui évoquent la règle de raison, sont énoncés dans la Loi de manière telle que, s'il étaient interprétés littéralement, leur portée serait aussi étendue que celle des dispositions de l'article 1 de la loi Sherman, mais, dans les décisions rendues par la Haute Cour de Tokyo, l'application des dispositions a été fortement limitée, si bien qu'il est très clair que la prohibition de l'article 3 contre la restriction déraisonnable s'applique uniquement lorsque la restriction est sensible.

⁸⁰ *Toho K. K. and Shinto K. K. v. FTC*, Haute Cour de Tokyo, le 7 décembre 1953.

⁸¹ Voir Matsushita, Mitsuo, *International Trade and Competition Law in Japan*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 87 :

Le contrôle des monopoles ne dépend pas de la *conduite* fautive de l'entreprise. Dès qu'existe une *structure* monopolistique, une ordonnance de déconcentration doit être rendue. Le contrôle porte donc sur les structures et non pas sur la conduite.

⁸² *Noda Soy Sauce Company v. FTC*, Haute Cour de Tokyo, le 15 décembre 1957, Kosai Minshu, 10/10, 1957, p. 743.

⁸³ Voir Matsushita, Mitsuo, *op. cit.*, 1993, p. 117 :

Il s'agit notamment de savoir si l'entreprise qui exerce un monopole privé possède un certain *pouvoir* économique. La *Loi antimonopole* ne renferme pas de dispositions permettant de trancher cette question. Toutefois, étant donné la nature même du monopole privé, il est impossible pour une petite entreprise sans pouvoir d'exclure d'autres entreprises ou de restreindre leurs activités commerciales et d'éliminer la concurrence sur le marché. Par conséquent, la grande entreprise, du point de vue de sa part importante du marché ou d'un autre critère, est celle qui est en mesure d'exercer un monopole privé.

entreprises si d'importants effets se faisaient sentir. Enfin, les tribunaux ont aussi posé l'existence d'une position dominante comme critère de contrôle déterminant dans tous les cas de pratiques commerciales déloyales⁸⁴.

- **L'insistance sur une position dominante**

La position dominante et les restrictions visant les structures étant les principaux critères d'intervention de la Commission du commerce équitable (FTC) et des tribunaux du Japon⁸⁵, le démantèlement des trusts n'était plus l'objectif premier, si bien qu'un retour des regroupements s'est produit durant les années 50 et 60. En 1968 par exemple, deux fusions de grandes entreprises ont été proposées : la première entre les trois plus importantes entreprises papetières et la seconde, entre les deux principales sidérurgies du Japon. La FTC a rejeté les deux propositions. La fusion des papetières a été abandonnée, mais, avec l'appui du MITI, les sidérurgies ont maintenu leur proposition. Les fortes pressions exercées par le milieu des affaires et par le MITI ont eu raison des objections de la FTC, et la société Nippon Steel a été constituée⁸⁶.

Le processus de modification de la *Loi antimonopole* a été entrepris uniquement lorsque la reconstruction a été en bonne voie. Les exemptions ont été radicalement réduites, de 1 000, en 1963, à 528 en 1977. De plus, le nombre de cartels d'exportation est tombé

⁸⁴ Pour être illicite, le refus de vendre devait être pratiqué par une entreprise détenant une part importante du marché [voir *Osaka Burashi Kogyo Kumiai*, décision de la FTC, le 20 septembre 1955, *Shinketsushu*, 7 (1956), p. 20; selon Matsushita, Mitsuo, *op. cit.*, p. 150-151, il semble que l'entreprise en cause doit détenir une part importante du marché pour qu'il soit possible de conclure à l'illégalité d'un refus de vendre.] L'application des dispositions prohibant la **discrimination par les prix** viserait seulement les principaux grands fabricants [*Tokyo Linoleum*, décision de la FTC, le 7 février 1980, *Shinketsushu*, 26 (1980) p. 85]. Les **ventes liées** sont prohibées uniquement si elles sont pratiquées par des vendeurs ayant un « pouvoir économique suffisant » [*Textbooks*, décision de la FTC, le 11 février 1964, *Shinketsushu*, 12 (1965), p. 100; *Farmers' Cooperative*, décision de la FTC, le 12 décembre 1963, *Shinketsushu*, 29; Matsushita, Mitsuo, *op. cit.*, p. 154-155]; un **contrat de ventes liées** est jugé illicite s'il est utilisé par le vendeur d'un produit qui possède un pouvoir économique suffisant par rapport au produit faisant l'objet de la vente liée. L'**exclusivité** n'est illicite que si elle est pratiquée par « une entreprise ayant une grande puissance commerciale » [*Muto Kogyo*, décision de la FTC, le 22 novembre 1974, *Shinketsushu*, 21 (1975), p. 148.; Matsushita, p. 155]. Pour être illicites, les **ententes verticales de restriction territoriale** doivent être conclues par une entreprise ayant une grande puissance commerciale [Matsushita, Mitsuo, *op. cit.*, p. 158; voir aussi les lignes directrices de 1991 de la FTC du Japon].

⁸⁵ Voir Sharma, I. Prakash, « The Abuse of Dominance: A Comparison of National Competition and Trade Regimes », *Document du Groupe des politiques*, n° 96/01, Ottawa, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, à paraître en 1996.

⁸⁶ Voir Wilks, *op. cit.*, p. 9.

d'un maximum de 209, en 1969, à 53 en 1982, par suite de l'adoption de la loi sur les exportations et les importations. Chose curieuse, bon nombre des cartels d'exportation qui restent existent à cause d'appels à la restriction volontaire des exportations, appels lancés par d'autres pays devant soutenir la concurrence des importations du Japon⁸⁷.

- **Un retour incertain à la règle *per se***

Le fait le plus important a été le changement apporté en 1977. La règle *per se*, appliquée à l'origine pour le contrôle des structures monopolistiques et abandonnée en 1953, a été reprise dans une perspective différente qui tenait compte non seulement de la part de marché, mais aussi des prix et des profits. On a établi un système de suivi de toutes les hausses de prix d'un produit s'opérant simultanément sur un marché. Trois mois après la mise en place du système, la FTC pouvait ordonner aux principales entreprises d'expliquer les hausses de prix⁸⁸.

L'établissement d'une surtaxe de cartel constituait un prélèvement à l'utilisation en contrepartie des gains tirés d'une relation anticoncurrentielle. Cette surtaxe correspondait à un pourcentage, porté de 2 à 6 % en 1991, des ventes durant la période d'existence de l'entente. Cette mesure est une de celles par lesquelles la FTC a ciblé la source des effets anticoncurrentiels en régime communautariste.

5.4 La japonisation de la politique de concurrence

- **L'échec de l'antitrust à l'américaine au Japon**

L'échec de l'antitrust à l'américaine au Japon et la reformulation d'une politique de concurrence adaptée au pays sont la conséquence de profondes différences culturelles sur trois plans : politique, juridique et économique.

Le strict régime antitrust américain reposait sur une méfiance à l'égard des grands groupements commerciaux et s'insérait dans le cadre d'un individualisme valorisant de solides droits démocratiques et individuels. Ce régime a été imposé par la voie politique au Japon, qui est un pays culturellement communautariste. Suivant les critères politiques de l'individualisme, les conditions au Japon n'étaient pas très bonnes. La démocratisation progressait péniblement; il n'existait aucune tradition de libertés civiles; les grands partis

⁸⁷ Iyori, *op. cit.*, p. 79.

⁸⁸ Voir Matsushita, Mitsuo, *op. cit.*, 1993, p. 83.

politiques ont toujours été aux mains des grandes entreprises et, jusqu'à tout récemment, il n'existait pas de lois antitrust efficaces⁸⁹.

Les auteurs de la *Loi antimonopole* se sont inspirés du droit antitrust américain, lequel était issu d'une tradition d'individualisme assez étrangère à la philosophie japonaise de la coopération en affaires. Les auteurs ne se sont guère efforcés de comprendre le marché japonais avant de rédiger et d'appliquer la *Loi antimonopole*.

Phénomène intéressant, l'imposition de ce régime a suscité une opposition politique aux États-Unis. Les théoriciens et hommes politiques partisans de l'équité ont soutenu qu'il n'était pas logique d'ordonner le démantèlement général des grands conglomérats pour mettre en place un régime plus conforme aux principes jeffersoniens. Des économistes américains ont mis en doute l'efficacité du démantèlement en raison du coût social inconnu de telles perturbations.

- **Le retour à l'équité et aux libertés du communautarisme**

Aux États-Unis, la liberté repose sur l'indépendance. L'indépendance par rapport au marché, ou le laissez-faire, représente la liberté par rapport au contrôle. Au Japon toutefois, le laissez-faire s'entend de la liberté pour le gouvernement d'avantager certaines entreprises et de la liberté pour les gens d'affaires de se livrer à un large éventail de pratiques restrictives. La pure théorie des prix et l'intérêt personnel ne sont pas les principales dimensions du marché; les relations importent aussi. Les briseurs de trusts du Proconsulat exercé par les États-Unis se sont heurtés à cette différence. Dans l'application de la *Loi antimonopole*, le Proconsulat a jugé que les groupements japonais étaient des concurrents durs et déloyaux, selon les règles du jeu des États-Unis. Pour le Japon, ces groupements présentaient d'importants avantages, notamment du point de vue de la stabilité des relations et de la sûreté de l'approvisionnement et de la main-d'oeuvre.

Les différentes conceptions de l'équité dans les deux pays expliquent les nombreux conflits économiques qui les opposent. S'il est vrai que l'activité économique ne change pas de nature, indépendamment du fait que les intervenants recherchent leur intérêt dans une perspective orientale ou occidentale, il n'en reste pas moins que l'importance relative accordée à l'individualisme ou au communautarisme a un effet déterminant sur les facteurs qui importent dans l'économie. Les sections qui suivent traitent de ces divergences.

⁸⁹ Hadley, *op. cit.*, p. 249; Wolfem, Karen von, *The Enigma of Japanese Power*, New York, Knopf, 1989.

5.5 L'application de la politique de concurrence au Japon

Dans les différends, les Japonais préfèrent le règlement privé et à l'amiable aux recours publics et judiciaires.

- **Le rôle du droit public**

En Occident, le droit sert à protéger la liberté et l'égalité. Au Japon, le droit, qui repose sur ce même principe, est au contraire perçu surtout comme un mécanisme de contrôle par l'État. Comme les relations entre l'État et les entreprises au Japon ont toujours été fondées sur la négociation et les compromis, les recours judiciaires et les poursuites ne sont habituellement pas souhaitables pour quiconque recherche la coopération⁹⁰.

- **L'harmonie plutôt que la guerre : le rôle du droit privé**

Les ententes informelles sont la norme au Japon, comme l'est d'ailleurs le règlement à l'amiable des différends. Au Japon, la réaction instinctive à l'émergence d'un différend dans une relation n'est pas le recours à une poursuite. Cette solution, si elle est même envisagée, est un dernier recours. La nécessité de contrats est moins grande au Japon. Souvent, les parties à une entente entretiennent déjà une relation. Les Japonais préfèrent des ententes véritables, mais informelles, entre des personnes plutôt qu'un échange de documents officiels⁹¹.

On sait que les Japonais ont rarement recours aux tribunaux. Cette coutume a été attribuée à l'absence de tradition judiciaire comparable au droit romain et, plus particulièrement, à la préférence pour l'harmonie et la conciliation issue du confucianisme. La société japonaise n'est pas procédurière. Les poursuites, rarement intentées, le sont en dernier recours. Il y a peu de poursuites pour non-respect de contrat⁹².

⁹⁰ Iyori, *op. cit.*, p. 62.

⁹¹ Les ouvrages suivants présentent d'excellentes descriptions d'exemples réels de la nature des négociations et des ententes au Japon : Zimmerman, *How to Do Business with the Japanese*, Tokyo, Tuttle, 1985; Athos et Tanner, *The Art of Japanese Management*, New York, Warner, 1981; Vogel, directeur de la publication, *Modern Japanese Organization and Decision-Making*, Tokyo, Tuttle, 1975; Abegglen, James C. et Stalk, George, *Kaisha: The Japanese Corporation*, Tokyo, Tuttle, 1985; March, *The Japanese Negotiator: Subtlety and Strategy Beyond Western Logic*, Tokyo, Kodansha, 1989.

⁹² Par exemple, une étude des entreprises de taxi de Tokyo a révélé que seulement deux poursuites ont été intentées sur un total de 2 657 accidents ayant entraîné des blessures corporelles ou des dommages matériels. Voir Zimmerman, *op. cit.*, p. 93 et Wilks, *op. cit.*, p. 15.

5.5.1 Le règlement informel privé des différends

Le fait qu'il y ait au Japon des avocats, des procédures judiciaires et des tribunaux montre toutefois que l'obstacle culturel n'est pas infranchissable. Ce premier obstacle peut être difficile à surmonter, mais il n'est qu'un obstacle. Quiconque envisage d'intenter une poursuite effectue une sorte d'analyse avantages-coûts. Les parties à un litige intendent une poursuite uniquement lorsque le montant qu'ils peuvent en tirer et la probabilité qu'ils aient gain de cause sont supérieurs aux coûts de la poursuite. Cependant, un facteur de coût qui est plus important au Japon qu'il ne l'est en Occident est le risque de rupture de la relation à l'origine en cause dans le litige.

D'autres obstacles ont été institutionnalisés : la pénurie d'avocats et leurs honoraires élevés, les frais de cour et les possibilités limitées de recours collectif sont autant de facteurs qui dissuadent les parties de vouloir régler leur différend par des procédures officielles. La *Loi antimonopole* elle-même contient des dispositions limitant les poursuites en droit privé. Ainsi, entre 1947 et 1985, seulement sept poursuites antitrust en droit privé ont été intentées au Japon — et sans succès — comparativement à 9 000 aux États-Unis durant la même période⁹³.

Une société, lorsqu'elle établit un mode de gouvernement, choisit des mesures qui traduisent ses préférences. L'antipathie culturelle des Japonais pour les recours judiciaires est la principale cause des obstacles.

5.5.2 Le règlement informel public des différends

La préférence pour le règlement informel des différends, en droit privé, s'étend aussi au droit public, surtout en ce qui concerne la politique de concurrence. L'application de la *Loi antimonopole* par le gouvernement a été assez limitée au Japon, comparativement aux États-Unis. La *Loi antimonopole* autorise la FTC du Japon à prendre toutes les mesures

⁹³ L'antipathie culturelle pour les procédures judiciaires réduit la demande de recours aux tribunaux, mais aussi l'offre d'aide juridique (d'après les dernières données, le Japon ne comptait guère plus de 12 000 avocats) et l'offre de moyens de recours. Si la demande et l'offre de recours judiciaires sont toutes les deux réduites, les prix, eux, restent élevés parce que la demande est supérieure à l'offre. Les frais de cour et les honoraires des avocats sont calculés en pourcentage du montant *demandé* et non pas de celui qui est ultimement accordé. Au Japon, il est presque impossible de coordonner et d'intenter des recours collectifs et d'obtenir gain de cause. Les recours collectifs sont extrêmement difficiles à intenter en raison du lourd fardeau de la preuve imposé aux parties; depuis 1945, aucun demandeur n'a obtenu gain de cause. L'article 26 de la *Loi antimonopole* permet les poursuites privées en dommages-intérêts, mais les dommages-intérêts ne sont recouvrables que lorsque la FTC a conclu qu'il y a infraction. Voir Ramseyer, *op. cit.*, p. 617 et 627; Yamamura, *op. cit.*, p. 56-57; Wilks, *op. cit.*, p. 16.

qu'elle juge nécessaires pour mettre fin aux infractions, mais les mesures possibles à cette fin sont peu nombreuses. Injonctions, ordonnances pour outrage, sanctions en droit criminel et autres ordonnances n'existent pas ou sont d'une portée très limitée. En conséquence de l'insuffisance des sanctions officielles, les autorités japonaises, en particulier la FTC, sont obligées de recourir à des sanctions non judiciaires.

Les règlements établis sous le Proconsulat, comme la *Loi antimonopole*, contiennent presque toujours de nombreuses dispositions d'application correspondant aux pratiques et aux pouvoirs des autorités administratives aux États-Unis. Toutefois, les tribunaux japonais ne pouvant pas rendre d'ordonnance pour outrage, il ne peut donc pas y avoir d'application légale efficace. Les organismes publics japonais sont très loin d'avoir les pouvoirs d'enquête étendus des organismes administratifs américains. Si les sanctions pénales ne sont pas un facteur de dissuasion réaliste contre la conduite immorale des entreprises aux États-Unis, il y a peu de chances qu'elles soient efficaces au Japon.

- **Le manque de sanctions pénales au Japon**

Au Japon, il est presque impossible d'imposer des sanctions pénales pour contrôler la conduite des entreprises. Les poursuites criminelles occasionnent de graves conflits politiques et interorganismes en raison des relations de clients entre chacun des ministères à vocation économique et les branches d'activité qui en relèvent. L'imposition de sanctions pénales est également exclue, sauf en de rares occasions, étant donné le tissu social serré créé par les étroits liens personnels entre les dirigeants du monde des affaires, du gouvernement et de la bureaucratie. Les solutions prévues sont exécutoires uniquement en rapport avec les infractions traitées dans les décisions des tribunaux.

Le contrôle informel est une dimension de tous les régimes judiciaires et antitrust, mais il semble généralisé au Japon. Étant donné la propension culturelle à la déférence, même l'éventail limité de mesures formelles n'est pas aussi nécessaire pour imposer l'obéissance. Toutefois, cette propension n'est pas le seul facteur qui influe sur l'application informelle.

- **L'incitation à la conformité volontaire**

Les entreprises réglementées sont vraisemblablement plus disposées à se conformer à des règlements avec lesquels elles sont d'accord. La participation au processus de réglementation accroît la probabilité de conformité. Il en va de même de la prescription administrative, forme la plus courante d'application non officielle.

Tout système judiciaire repose sur le respect volontaire de la loi, que ce soit pour le paiement des impôts ou pour la réglementation sous forme de proposition, de conseil, de

recommandation ou de ligne directrice provenant des autorités. Cette dimension est propre à tout système judiciaire, mais elle est aussi la forme la plus courante d'application de la loi, notamment aux États-Unis (même si les poursuites y sont **effectivement** plus nombreuses qu'au Japon).

- **Les mesures informelles de la FTC du Japon**

En pratique, l'application de la loi antitrust se fait de façon invisible, au moyen de négociations et de menaces d'empêcher des fusions et d'autres opérations et d'intervenir en matière de réglementation par des menaces de poursuites ou par des témoignages dans le cadre d'audiences publiques. Il en va ainsi de l'application de la loi antitrust au Japon. La très grande majorité des infractions présumées sur lesquelles la FTC du Japon a fait enquête ont abouti à des mesures informelles. Qu'il s'agisse de prescriptions administratives ou de mesures informelles et qu'elles proviennent de la FTC ou du MITI, au Japon, ou de la Commission fédérale du commerce et du Département de la Justice, aux États-Unis, le processus est le même.

Les deux principaux moyens d'application informelle auxquels la FTC a recours sont la publicité et une surtaxe administrative. La FTC publie régulièrement ses décisions et accepte que ses enquêtes fassent l'objet de reportage dans les médias. Cette forme de publicité d'une infraction apparente à l'ordre public a un effet de dissuasion. Elle est le moyen de dissuasion le plus efficace, tandis que la surtaxe est la sanction la plus efficace. Elle vise directement la conduite et est vraisemblablement plus acceptable pour les coupables que ne le serait l'imposition d'une amende plus arbitraire.

- **L'application par prescription administrative**

Ce qui est propre au Japon, ce n'est pas la prescription administrative en soi, mais son ubiquité. Résultant de l'évolution historique et sociale particulière du Japon, la prescription administrative est omniprésente dans l'économie japonaise. Même si toutes les grandes études en anglais ou en allemand reconnaissent l'existence en Occident de pratiques semblables à la prescription administrative, la plupart des études insistent sur les facteurs culturels paraissant expliquer le fait que la prescription administrative est une pratique instituée qui est propre au Japon. La prescription administrative est issue de la déférence néo-confucéenne pour l'autorité et du désir connexe de maintenir l'harmonie et la coopération et d'éviter l'affrontement; autrement dit, la prescription administrative prend sa source dans la psychologie sociale spéciale des Japonais.

Le sentiment communautaire ou individuel de légitimité des actions et des politiques du gouvernement peut, dans certains cas, déterminer si une partie agira ou non en conformité avec la prescription. Les autorités japonaises sont effectivement incitées, à la fois par la

volonté d'aider l'industrie et par l'absence de sanctions juridiques ou d'autres formes officielles de contrainte juridique, à négocier et à rechercher des compromis à l'égard des politiques qu'elles souhaitent mettre en application. La politique industrielle du Japon représente davantage une série de réponses à des conditions économiques et à des événements actuels qu'un plan soigneusement conçu et mis en application grâce aux efforts de persuasion efficaces déployés par le gouvernement.

5.6 La direction d'entreprise au Japon

Le droit antitrust américain vise, à l'heure actuelle comme à l'origine, le défaut de justice distributive que représente le transfert de la rente de monopole du consommateur vers le producteur. Comme les prix sont élevés au Japon, on peut raisonnablement penser que les prix qui y sont pratiqués sont des prix de monopole. Toutefois, la question cruciale est de savoir si la distribution y est elle aussi inéquitable, chose vraisemblable dans une organisation individualiste du fait que les profits réalisés sont transférés aux actionnaires ou aux dirigeants.

Cependant, ce genre de transfert n'est pas aussi grand dans une organisation communautariste. Si le monopole procure des profits, ces derniers ne sont pas nécessairement distribués dans la même mesure aux dirigeants ou aux actionnaires⁹⁴. N'ayant pas l'obligation habituelle de verser des dividendes à court terme, les entreprises japonaises utilisent les profits réalisés pour entretenir leurs relations internes et externes. De façon générale, la distribution de ces rentes inéquitables à l'intérieur des entreprises japonaises est beaucoup moins inéquitable qu'elle ne le serait aux États-Unis, car les actionnaires reçoivent une moins grande part des profits et la dispersion des salaires est beaucoup moins grande. Les travailleurs ne sont pas nécessairement mieux rémunérés, mais il y a une plus grande égalité depuis le président jusqu'aux travailleurs.

Les groupements de type *keiretsu* ou *zaibatsu*, structures définies par des relations étroites mais invisibles⁹⁵, ne sont pas « inéquitables » du point de vue économique pour les

⁹⁴ Il y a lieu de penser que la situation financière des cadres supérieurs japonais dépend davantage du faible revenu et moins du rendement des actions que celle de leurs homologues américains. Voir Kaplan, Stephen N., « Top Executive Rewards and Firm Performance: A Comparison of Japan and the United States », *Journal of Political Economy*, juin 1992, vol. 102, p. 510-546.

⁹⁵ Voir Goto et Suzumara, « *Keiretsu: Inter-Firm Relationships in Japan* », mémoire présenté lors d'un atelier sur la politique de concurrence dans le cadre de la mondialisation de l'économie à l'Université de Californie à Santa Barbara, les 8 et 9 janvier 1993. L'entreprise de type *keiretsu* présente quatre caractéristiques ayant rapport aux relations : la participation croisée où chaque entreprise détient des actions des autres entreprises du groupe; la représentation dans les organes de direction de plusieurs entreprises, où chaque membre siège au conseil d'administration des autres entreprises; l'habitude d'une entreprise de contracter des

Japonais. Ils sont plutôt le reflet de libertés différentes, à savoir la liberté de conclure des marchés, de s'associer et de faire partie de sa propre équipe⁹⁶. Les *keiretsu* renoncent aux économies possibles à court terme que pourraient leur procurer des sources d'approvisionnement extérieures (non *keiretsu*) par égard pour la relation de groupe. Cette relation permet de réaliser des économies sous forme du coût réduit des opérations attribuable à l'information incomplète. Les *keiretsu* s'approvisionnent au sein du groupe, à moins qu'une source externe n'offre la possibilité de réaliser des économies suffisantes pour compenser toute conséquence du point de vue de la relation⁹⁷. Les principes économiques en jeu sont les mêmes. Toutefois, l'importance des relations au Japon concourt à empêcher les entreprises de faire reposer leurs décisions uniquement sur les prix. Au Japon, cette forme d'approvisionnement interne n'est pas véritablement de la collusion. Elle représente le refus de décider uniquement en fonction des prix.

Ceux qui s'opposent au caractère « fermé » du marché japonais qualifient d'anticoncurrentielles les relations entre les groupements *keiretsu*. Or, non seulement ces structures permettent-elles une grande concurrence, mais elles sont une condition préalable à la concurrence. Les entreprises japonaises de type non *keiretsu* réussissent parce que leurs propres relations et leurs perspectives à long terme leur permettent de renoncer à des profits pour entrer sur le marché.

Les entreprises étrangères, dont le mobile est la recherche de profits à court terme, ne peuvent justifier l'investissement nécessaire pour tenir le coup et se résignent à ne pas entrer sur le marché. En s'excluant de la sorte, elles privent le marché japonais des effets positifs que leur entrée sur le marché pourrait avoir sur la concurrence. Cependant, comme cette perte est bien compensée par une vive concurrence sur le marché intérieur, certains ont soutenu que, pour les consommateurs, les prix résultants sont relativement les mêmes, qu'il s'agisse d'un marché « fermé » de *keiretsu* ou d'un marché « libre ». Pour le consommateur, il y a peu de différence entre une structure industrielle qui favorise la concurrence entre un

emprunts auprès des institutions financières du groupe; l'habitude de chaque entreprise de s'approvisionner auprès des autres entreprises du groupe. Voir aussi, Sharma, I. Prakash, « Japan Trading Corp.: Getting the Fundamentals Right », *Document du Groupe des politiques*, n° 93/16, Ottawa, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, décembre 1993, p. 22-27.

⁹⁶ Razin, Ely, « Are the *Keiretsu* Anticompetitive? Look to the Law », *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, vol. 18, n° 351, 1993.

⁹⁷ Selon Dore, *op. cit.*, p.372 : Il serait étonnant que les gains d'efficacité attribuables à ces arrangements-clients — résultant d'une confiance accrue, d'une plus grande coopération stimulée par l'attente d'une réciprocité informelle, des économies réalisés en l'absence de recours judiciaires, etc. — ne compensent pas toute perte de bien-être pouvant résulter d'une allocation sous-optimale des ressources.

groupe stable d'entreprises établies, par la mise au point de nouveaux produits, et une structure favorisant une concurrence semblable par l'accès facile des entreprises.

Les entreprises étrangères souhaitant entrer sur le marché japonais ne devraient pas automatiquement qualifier d'anticoncurrentielles les relations qu'elles refusent d'établir, ni nécessairement s'allier à ceux qui réclament l'application plus stricte des règles antitrust à ces relations. Ces entreprises devraient plutôt s'efforcer davantage d'établir des relations qui leur permettraient de se lancer sur le marché. Si ces entreprises étrangères veulent réclamer quelque chose, elles devraient revendiquer le droit d'établir, avec des entreprises japonaises et entre elles, des relations qui leur permettraient de faire concurrence à long terme.

5.7 La politique de concurrence du Japon et les différends commerciaux opposant les États-Unis et le Japon

Au cours des discussions entre les États-Unis et le Japon qui se sont déroulées en 1989-1990 dans le cadre de l'Initiative sur les obstacles structurels, il a également été question de la *Loi antimonopole* et de son application au Japon. Les aspects examinés comprenaient a) les écarts entre les prix des produits japonais vendus à l'étranger et leurs prix au Japon, b) les *keiretsu* et c) la modification et l'application de la *Loi antimonopole*.

- **Les revendications des États-Unis**

Les États-Unis ont soutenu que les barrières commerciales privées, telles que les pratiques commerciales restrictives, devaient nécessairement être éliminées pour faciliter l'accès des entreprises américaines au marché japonais. Les États-Unis ont insisté sur la modification de la *Loi antimonopole* et sur son application efficace. Pour rétablir les marchés libres au Japon, les barrières privées devaient être vigoureusement mises en cause en vertu de la *Loi antimonopole*. Les résultats des discussions devaient être mis en application au plus tard en 1993.

Le gouvernement du Japon a convenu d'assouplir la réglementation en rapport avec la loi sur les grands magasins de détail. La *Loi antimonopole* a été modifiée de manière à faire passer de 2 à 6 % la surtaxe administrative applicable aux cartels de prix et de cinq à 200 millions de yens l'amende imposée aux entreprises coupables d'infractions. En 1991, la FTC (Commission du commerce équitable) du Japon a publié des lignes directrices sur la distribution, lesquelles traitaient des pratiques commerciales restrictives pouvant prévaloir

entre fournisseurs, sous-traitants et fabricants ou être appliquées par des fabricants aux distributeurs et aux consommateurs⁹⁸.

- **Les nouvelles revendications des États-Unis**

En 1993, l'orientation de la politique commerciale des États-Unis à l'égard du Japon, qui s'inscrivait dans ce qui était maintenant appelé les **discussions-cadres**, s'est éloignée de la question de concurrence et visait plutôt à convaincre le Japon d'accepter l'établissement de parts chiffrées de marché pour les produits et services étrangers, ce qui permettrait d'accroître la part de marché occupée par les États-Unis. Le Japon a attribué aux produits étrangers des parts cibles de marché dans certains secteurs, notamment ceux de l'automobile, des pièces et composants d'automobiles et de l'assurance. Le Japon a résisté à la tendance américaine vers le commerce dirigé en entreprenant, en mars 1994, un programme de réforme ayant trait à la déréglementation, à la politique de concurrence, à l'investissement direct au Japon, aux marchés de l'État et à l'accroissement des importations.

Dans le cadre de ce programme, la FTC du Japon doit accroître le nombre d'enquêteurs, publier des lignes directrices provisoires sur le truquage des offres et sur les activités des associations commerciales et entreprendre un examen des lois soustrayant divers types de cartels à l'application de la *Loi antimonopole*, en vue d'abolir ces lois en cinq ans⁹⁹.

- **Les revendications des États-Unis sapent la politique de concurrence du Japon.**

Le point de vue adopté par les États-Unis dans les discussions-cadres est contraire au principe de base de la politique de concurrence. Pour établir des parts chiffrées pour les produits américains sur le marché japonais, il faudrait que le gouvernement du Japon interrompe le libre jeu des forces de marché au Japon et oblige les entreprises japonaises à acheter des entreprises américaines le volume convenu de biens. Les associations commerciales japonaises pourraient être appelées à coordonner leurs achats en se livrant à des pratiques concertées anticoncurrentielles. La politique de concurrence du Japon s'en trouverait affaiblie. Il est contradictoire de chercher à mettre en place un régime de partage du marché et, parallèlement, à favoriser le libre jeu des forces de marché au Japon, par l'application efficace de la *Loi antimonopole*.

⁹⁸ Voir Matsushita, Mitsuo, « Harmonization of Competition Laws Through Bilateral Trade Negotiations: The Japanese Experience », *New Dimensions of Market Access in a Globalizing World Economy*, documents de l'OCDE, Paris, OCDE, 1995, p. 129-137.

⁹⁹ Voir Sharma, Thomson et Christie, *op. cit.*, 1994, annexe A.

La politique commerciale qu'avaient les États-Unis dans le cadre de l'Initiative sur les obstacles structurels avait peut-être pour effet utile de chercher à stimuler la concurrence et le libre jeu des forces de marché au Japon. En revanche, celle qu'ils ont adoptée par la suite dans les discussions-cadres pourrait inciter les entreprises japonaises à se livrer, entre elles et en collaboration avec le gouvernement japonais, à des pratiques commerciales anticoncurrentielles. Dans ce cas, la politique commerciale des États-Unis envers le Japon nuirait aux efforts d'application plus efficace des lois de la concurrence au Japon.

6. L'Union européenne

6.1 Le capitalisme, la concurrence et l'occupation en Europe

La politique antitrust américaine, fondée sur les structures, a été introduite en Europe un peu de la même manière qu'au Japon. Elle a surtout pris corps en Allemagne. Après la Seconde Guerre mondiale, les Forces d'occupation américaines en Allemagne y ont trouvé une forme de coopération fort semblable à celle rencontrée au Japon.

Le capitalisme allemand s'apparente davantage à celui du Japon. Il ne repose pas sur l'affranchissement de l'intervention gouvernementale, mais favorise la liberté d'association soumise à la justice.

Hayek a noté que le code de discipline des Allemands témoigne d'une absence d'individualisme rappelant davantage celle des Japonais, dans la mesure où il suppose une acceptation de l'ordre et du sacrifice personnel au service des intérêts du groupe plutôt que des individus qui le composent¹⁰⁰. Le Japon et l'Allemagne sont effectivement des pays connus pour l'importance qu'ils accordent à la formation d'équipes à tous les niveaux de l'activité commerciale et de l'interaction entre les entreprises et l'État.

En 1896, la Haute Cour d'Allemagne a conclu que les ententes visant la formation de cartels étaient licites et exécutoires, du fait de la liberté d'association que la loi allemande reconnaissait aux travailleurs et aux entreprises. Si la conception allemande et la conception japonaise des cartels diffèrent de celle des États-Unis, la conception allemande suppose plutôt l'autorisation des cartels que leur prescription directe, comme c'est le cas au Japon.

Les cartels formés sur le continent européen avaient une structure plus souple que ceux des États-Unis. Durant l'occupation, toutefois, les États-Unis ont appliqué leurs propres règles antitrust à ce qu'ils considéraient comme des « problèmes ». Les Forces d'occupation ont pris de nombreuses mesures de déconcentration pour rompre les liens entre les

¹⁰⁰ Hayek, *op. cit.*, 1948, p. 148-149.

entreprises et entre les entreprises et l'État, lesquels liens étaient présumés avoir aidé les fascistes et les nazis à bâtir leur puissance.

Les États-Unis ont à nouveau reculé pour permettre la reconstruction de l'économie européenne avec l'aide des entreprises américaines, en partie à cause de la nouvelle menace grandissante de l'Union soviétique. Comme au Japon, ce recul a affaibli l'efficacité des mesures de déconcentration¹⁰¹.

Peu de temps après la fin officielle du régime d'occupation, l'Allemagne a entrepris, comme après elle le Japon, de modifier la loi sur la déconcentration imposée par les autorités américaines. L'Allemagne a autorisé la création de cartels en périodes de crise ou à des fins de rationalisation. En effet, les modifications apportées par le Japon au début des années 50 ont été inspirées et même motivées par les actions de l'Allemagne. Ainsi, la loi antitrust actuellement en vigueur au Japon peut seulement être bien comprise à la lumière de l'exemple allemand plutôt que de l'exemple américain¹⁰².

Le mouvement le plus important qui s'est amorcé dans l'Europe de l'après-guerre a été marqué par le Traité de Rome de 1957, qui instituait les Communautés européennes. La Commission a adopté une approche différente de celle des occupants américains. Ce mouvement visait aussi à mettre fin aux luttes politiques et aux conflits armés qui ont dévasté l'Europe durant des siècles. **De façon générale, les lois européennes visant les cartels suivent le modèle allemand**; les cartels doivent être enregistrés, les abus ne sont corrigés qu'à l'occasion et, souvent, la formation de cartels est encouragée lorsque les conditions sur le marché sont instables.

Hawk a soutenu que l'idéologie antitrust américaine a influé indirectement sur l'élaboration de la politique de concurrence européenne par son influence directe sur la politique de concurrence d'Allemagne. Cependant, comme le montrent les observations qui précèdent, la thèse de Hawk est discutable. Selon cette thèse, la loi de la concurrence en Europe, créée en 1958, tire sa double origine des deux côtés de l'Atlantique. Du côté européen, elle a son origine dans l'objectif fondamental du Traité, à savoir l'intégration du marché. Du côté de l'Amérique, elle est issue de la loi et de la théorie antitrust américaines qui sous-tendent la formulation des articles 85 et 86 du Traité de Rome, par l'intermédiaire de la loi et de la conception allemandes¹⁰³.

¹⁰¹ Voir Scherer, *op. cit.*, p. 29; Iyori, *op. cit.*, p. 25; Doern, *op. cit.*, p. 25; Timberg, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰² Voir Iyori, *op. cit.*, p. 238; Haley, *op. cit.*, p. 473.

¹⁰³ Hawk. B. p. 53; Scherer, p. 28.

6.2 Le projet d'intégration de l'Europe

La législation de l'Union européenne (UE) vise essentiellement l'intégration économique des États membres. L'intégration économique est un objectif en soi, mais aussi un moyen de parvenir à l'intégration politique, par la diminution des disparités qui, dans le passé, ont été la cause des luttes politiques en Europe¹⁰⁴.

Sur le plan philosophique, le processus consiste à appliquer un mode communautariste d'établissement de relations à des structures sociales très individualistes. L'impérialisme peut avoir surgi périodiquement en Europe, comme en ont témoigné les visées des César, de Napoléon, d'Hitler et même de Marx et de Lénine, sans jamais prévaloir cependant. Une des raisons de ce phénomène est la fragmentation géographique des petites communautés d'Europe; leur homogénéité peut avoir favorisé l'évolution d'un communautarisme interne, mais elles n'ont jamais réussi à établir des relations de même nature avec d'autres peuples européens ou à leur imposer de telles relations.

Le projet d'intégration de l'Europe, au contraire, se fonde sur le principe des relations communautaristes pour relier des marchés précédemment isolés. Ce projet se distingue des efforts politiques ou militaires antérieurs, qui visaient à imposer un ordre de haut en bas par l'asservissement, dans la mesure où il propose une union de bas en haut par l'établissement d'une filiation politique et de liens économiques entre les entreprises.

6.3 La concurrence et la politique de concurrence sur un marché qui s'intègre

La concurrence a un rôle important à jouer dans l'intégration, à deux points de vue.

- Le libre-échange accroît la concurrence et étend le champ de vision des intervenants individuels sur le marché. Les intervenants sont appelés à tenir compte davantage d'autres intervenants, en raison à la fois de la discipline accrue qu'impose la concurrence et des possibilités accrues de coopération qu'elle présente.
- S'ils reconnaissent ces possibilités, les intervenants individuels peuvent s'unir et croître de manière à réaliser de plus grandes économies d'échelle les rendant plus efficaces.

¹⁰⁴ L'article 2 pose que « la Communauté a pour [principale] mission, ... le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres... ». Dans le préambule, il est question d'une « ... union sans cesse plus étroite » et, dans l'article 2, de « ... l'établissement d'un marché commun... ». Voir les alinéas 3a) à 3g), les articles 8 et 8a. L'article 4 pose que « la réalisation des tâches est confiée » aux institutions de la Communauté.

Dans cette optique, le rôle de la politique de concurrence dans le processus d'intégration est de permettre une croissance par la coopération. La politique de concurrence est donc un élément important et nécessaire de l'intégration. Elle favorise le processus en permettant au jeu des forces de marché d'opérer une nouvelle allocation efficace de la production sur un nouveau marché qui va au-delà des frontières nationales et des nationalismes.

L'UE a déterminé que les dispositions ayant trait à la concurrence ont pour objectif premier l'élimination des barrières économiques entre les États membres du marché commun et la libre circulation des marchandises sur un seul marché unifié¹⁰⁵.

L'intégration représente un processus à long terme dont les avantages pourront échapper aux intervenants économiques individualistes qui s'en tiennent au court terme. La discipline accrue qu'impose le jeu de la concurrence aux industries précédemment protégées par l'existence de frontières nationales comporte elle-même une incitation pour les nations à refaire le partage du marché au moyen de restrictions anticoncurrentielles. Une conduite anticoncurrentielle du genre peut entraver sérieusement le processus d'intégration. Les articles 85 à 94 du Traité de Rome ont trait aux cartels, aux ententes restrictives et à l'exploitation abusive d'une position dominante, tous considérés comme des obstacles à l'intégration par le libre-échange à l'intérieur de l'UE. Par conséquent, l'UE a pour tâche importante de veiller à empêcher que le jeu de la concurrence ne soit faussé sur le marché commun élargi¹⁰⁶.

La politique de concurrence européenne concourt à la création d'un marché commun libre de toute contrainte publique ou privée. Plus que tout, la volonté d'intégration a eu un effet déterminant sur les objectifs prioritaires de la politique de concurrence européenne, du fait qu'elle permet de les différencier de ceux des régimes nationaux de concurrence¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Kalmansohn, « Application of EEU Articles 85 and 86 to Foreign Multinationals », *Legal Issues of European Integration*, vol. 2, 1984, p. 2.

¹⁰⁶ Traité de Rome, alinéa 3f).

¹⁰⁷ Voir Wyatt et Dashwood, *European Community Law*, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1993, p. 377-378; Kalmansohn, *op. cit.*, p. 3; van Bael et Bellis, *Competition Law of the EEU*, 2^e éd., Bicester, CCH Editions, 1990, p. v; Weatherill et Beaumont, *EU Law*, Londres, Penguin, 1993, p. 592.

6.4 La politique de concurrence européenne

6.4.1 L'antitrustualisme intégrationniste

La première répercussion profonde du Traité de Rome sur la politique de concurrence s'est manifestée dans le choix de l'approche. Les auteurs du Traité n'ont pas adopté l'approche américaine fondée sur les structures. À leur avis, les marchés européens étaient inefficaces non en raison de l'existence d'entreprises ayant une position dominante, mais à cause de frontières nationales qui favorisaient l'existence d'entreprises dont la taille et l'efficacité étaient sous-optimales¹⁰⁸.

La solution retenue consistait à autoriser la croissance des entreprises pour leur permettre de réaliser des économies d'échelle. De plus, à mesure que les entreprises prendraient de l'ampleur, leur influence allaient s'étendre au-delà des frontières nationales. L'intégration des entreprises mènerait ainsi à l'intégration régionale.

Les fondateurs de la Communauté ne s'opposaient pas à la grande taille; les entreprises commerciales du marché commun étaient souvent de taille sous-optimale en raison des barrières commerciales limitant les débouchés possibles. En éliminant les obstacles créés par les frontières des États membres, les auteurs du Traité espéraient créer des marchés suffisamment grands pour soutenir des entreprises qui devaient nécessairement être de plus grande taille pour être efficaces. La fusion d'entreprises de différents États membres devait concourir à intégrer les économies des États membres¹⁰⁹.

Toutefois, la grande taille n'était pas un critère absolu. Si elle l'avait été, la politique de concurrence aurait sans doute été sans objet. La politique de concurrence européenne a eu pour objet de permettre une croissance jusqu'au point où apparaîtrait une position dominante pouvant donner lieu à l'iniquité, à l'inefficacité et à une nouvelle segmentation du marché européen. L'équité et l'efficacité étaient des préoccupations secondaires par rapport à celle de l'intégration.

6.4.2 L'équité et l'intégration

L'insistance sur l'intégration n'excluait pas un souci d'équité. La politique de concurrence européenne contient l'énoncé le plus clair du souci pour le bien-être des

¹⁰⁸ Voir Timberg, *op. cit.*, p. 135 :

En premier lieu, la politique antitrust européenne ne résulte pas de l'indignation contre le caractère inéquitable des monopoles. En fait, la France et de nombreux autres pays d'Europe estimaient que leurs entreprises commerciales étaient trop petites pour être efficaces.

¹⁰⁹ Voir Fox, « Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness », *Notre Dame Law Review*, vol. 61, p. 982-984.

citoyens. Le Traité énumère de multiples objectifs réservant une place spéciale aux préoccupations en matière d'équité.

Premièrement, la notion même de concurrence en Europe s'appuie sur des valeurs sociales et politiques pour remédier à l'iniquité¹¹⁰. Le préambule du Traité préconise l'amélioration des niveaux de vie par la diminution des disparités.

Le préambule fait état des objectifs suivants : « Assignant pour but essentiel à leurs efforts l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi de leurs peuples, [...] Soucieux de renforcer l'unité de leurs économies et d'en assurer le développement harmonieux en réduisant l'écart entre les différentes régions et le retard des moins favorisés, [...] ». L'article 2 prévoit « [...] un relèvement accéléré du niveau de vie [...] » et « [...] le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres [...] »¹¹¹.

- **Le transfert des excédents**

Les activités anticoncurrentielles peuvent nuire à l'intégration par la création et le maintien des disparités économiques. Pour éviter que cela ne se produise, la politique de concurrence européenne contient des dispositions ayant trait aux transferts de richesse occasionnés par des activités anticoncurrentielles. Ces transferts sont devenus d'autant plus faciles en Europe en raison de la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux¹¹².

Les préoccupations au sujet des transferts de richesse ont essentiellement à voir avec la distribution. La politique de concurrence européenne tient compte des transferts de richesse des consommateurs vers les producteurs et des faibles vers les forts.

- **La petite entreprise**

De façon générale, la politique de concurrence européenne favorise les entreprises de grande taille, mais elle contient aussi des dispositions précises pour le bien-être des petites

¹¹⁰ Hawk, Barry, «The American (Antitrust) Revolution: Lessons from the EEU? », *European Law Review*, vol. 53, 1988, p. 54.

¹¹¹ Korah, « From Legal Form Toward Economic Efficiency - Article 85(1) of the EEU Treaty in Contrast to U.S. Antitrust », *Antitrust Bulletin*, vol. 35, 1990, p. 1009-1010.

¹¹² Alinéa 3a) : « l'élimination, entre les États membres des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que de toute autre mesure d'effet équivalent, »

Alinéa 3c) : « l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, »

entreprises, considérées comme le fondement de l'activité économique. La liberté d'action des petites entreprises ne doit pas être restreinte par les activités d'intervenants occupant une plus grande place sur le marché. La politique de concurrence européenne protège donc les petites entreprises moins puissantes contre l'abus de puissance commerciale des entreprises ayant une position dominante.

- **Le bien-être du consommateur**

Le Traité contient des dispositions précises sur le bien-être des consommateurs. Les États membres peuvent envisager d'avantager les producteurs en favorisant la concentration commerciale, mais ils se heurteront à l'article 85 du Traité à moins de pouvoir montrer, notamment, que les mesures proposées se solderont par des gains pour les consommateurs. Ces dispositions ont pour objet d'éviter que l'amélioration du bien-être des producteurs à des fins d'intégration ne prime sur celui des consommateurs. Les combinats ne sont autorisés à fausser le jeu de la concurrence que si une juste part des avantages est transmise aux consommateurs.

6.4.3 L'efficacité et l'intégration

L'efficacité n'est pas négligée dans la politique de concurrence européenne. Outre les institutions de l'UE, le marché est le principal mécanisme d'intégration. L'élimination des obstacles libère le jeu des forces de marché favorisant une nouvelle distribution et la libre circulation internationales. Le jeu des forces du marché n'est cependant pas parfaitement libre, ce qu'ont pu constater les auteurs du Traité¹¹³. Dans l'UE, les activités commerciales inefficaces, inéquitables et anticoncurrentielles sont acceptables à court terme pourvu qu'elles aboutissent à long terme à un marché intégré devenu efficace, équitable et concurrentiel, ce que permet la loi européenne.

6.4.4 La loi et l'intégration

Les deux conséquences les plus évidentes de la primauté de l'intégration dans la loi européenne sont une plus grande tolérance à l'égard des ententes horizontales transnationales et une plus grande sévérité à l'égard des ententes verticales restrictives qui fragmentent les marchés.

¹¹³ Cappellitti, Seccombe et Weiler, « Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience, A General Introduction », *Introduction Through Law*, vol. 1, n° 1, p. 6.

- **Une plus grande tolérance des ententes horizontales**

En Europe, les ententes horizontales sont prohibées à l'intérieur d'un pays, pour les raisons habituelles, à savoir qu'elles limitent le jeu de la concurrence, réduisent l'efficacité et faussent le jeu des forces sur le marché. Elles peuvent aussi entraver l'intégration et nuire au marché commun. Comme la concurrence concourt à l'intégration, toute entente qui a pour effet de réduire le jeu de la concurrence peut aussi avoir pour effet d'entraver l'intégration, surtout s'il s'agit d'ententes de partage ou de vente qui répartissent un marché national entre des concurrents¹¹⁴.

Une plus grande tolérance des ententes horizontales entre concurrents de différents États membres. La raison en est que leurs effets anticoncurrentiels à court terme peuvent être compensés par les relations qu'elles permettent d'établir : l'accroissement des activités commerciales transnationales aboutit à l'intégration régionale et à une plus grande efficacité à long terme. Dans l'UE, en effet, de telles ententes sont la preuve de l'établissement de relations et d'une bonne intégration. Par exemple, la Commission autorise généralement des fusions d'entreprises de différents États, fusions qui peuvent paraître anticoncurrentielles du fait qu'elles témoignent de l'intégration du marché. La politique de concurrence européenne est donc moins interventionniste que ne le serait un régime antitrust national à l'égard de telles fusions.

- **Un traitement plus strict des ententes verticales restrictives**

Le traitement réservé aux ententes verticales est ce qui fait le mieux ressortir la primauté de l'intégration dans la politique de concurrence européenne. Les ententes de partage du marché représentent la plus grave entorse du point de vue de la politique de concurrence européenne. À mesure que disparaissent les barrières établies par les États membres, il devient de plus en plus important de veiller à éviter que des entreprises ne fragmentent le marché¹¹⁵.

Comme le commerce transnational stimule l'intégration du marché, l'existence d'importations parallèles est une des principales préoccupations de l'Union européenne. Ces importations étant une source de concurrence supplémentaire, les producteurs cherchent souvent à faire obstacle à ces importations au moyen de restrictions territoriales. Par exemple, l'interdiction d'exporter sert à segmenter et à protéger les marchés des

¹¹⁴ Voir Kalmansohn, *op. cit.*, p. 13; Ehlermann, Claus-Dieter, « The Contribution of EU Competition Policy to the Single Market », *Common Market Law Review*, 1992, p. 257-282.

¹¹⁵ Weatherill, *op. cit.*, p. 154.

fournisseurs. Elle est donc nuisible à l'intégration du marché et à la libre circulation sur ce dernier¹¹⁶.

- **L'article 85 du Traité de Rome**

L'article 85 interdit les cartels et les pratiques restrictives, lesquels sont respectivement des restrictions horizontales et verticales au jeu de la concurrence entre les États membres. Toutefois, les efforts d'application portent principalement sur les ententes verticales. La préoccupation européenne à l'égard de ces restrictions est plus intense qu'elle ne le serait si le marché était déjà intégré. Aux États-Unis par exemple, la plupart des ententes verticales restrictives ne sont prohibées que lorsqu'elles résultent d'ententes horizontales anticoncurrentielles.

L'UE a adopté des règles plus strictes à l'égard d'un large éventail d'ententes et de pratiques, dont les restrictions territoriales nationales et l'interdiction d'exporter entre États membres. Aux États-Unis, les restrictions territoriales sont habituellement jugées raisonnables en vertu de la loi. Autrement dit, l'UE applique généralement la règle *per se* aux restrictions territoriales interentreprises. Cette approche peut être incompatible avec le principe de l'efficacité économique pure, mais elle convient tout à fait pour l'intégration.

Dans l'UE, les ententes verticales restrictives sont par nature anticoncurrentielles et ont été maintes fois jugées illicites¹¹⁷. Un tel jugement en vertu du paragraphe 85(1) est rendu sur le champ, sans plus. Par exemple, aucune enquête n'est effectuée pour déterminer la puissance commerciale ou les justifications économiques ou gains d'efficacité possibles, avant de juger illicites les interdictions d'exporter. Cette absence d'enquête peut témoigner de la volonté de l'UE de renoncer à l'efficacité de la distribution pour réaliser et accroître

¹¹⁶ Voir Wyatt, *op. cit.*, p. 404 (renvoi à *Italy v. Council and Commission, European Union Review*, 1966, p. 408) :

Une entente entre un producteur et un distributeur qui vise à rétablir le partage national des échanges entre les États membres serait contraire aux plus importants objectifs de la Communauté; les ententes verticales représentent une grave menace pour l'unification du marché.

¹¹⁷ Kalmansohn, *op. cit.*, p. 11 (renvoi à *Nungesser KG & Eisele v. Commission, European Union Law Review*, 1982, p. 2015); *BMW Belgium SA and others v. Commission, European Union Review*, 1979, p. 2435; *Centrafarm BV and de Peijper v. Sterling Drug, European Union Review*, 1974, p. 1147; *SABA, Common Market Law Review*, vol. D61, 1976; *Van Zuylen Frères v. Hag AG, European Union Review*, 1974, p. 731; *WEA/Filipacchi, Common Market Law Review*, vol. D43, 1973.

l'intégration du marché, ou encore de la volonté d'accepter des pertes possibles d'efficacité à court terme pour parvenir à long terme à un marché unique¹¹⁸.

- **Le paragraphe 85(3) : une défense possible**

Le paragraphe 85(3) prévoit une exemption à l'application des dispositions de l'article 85 pour les ententes anticoncurrentielles qui donnent lieu, en contrepartie, à des gains d'efficacité. La prohibition *per se* peut paraître atténuée par cette exemption, mais le degré de prohibition n'est pas réduit. L'analyse des gains d'efficacité a lieu uniquement lorsque l'effet sur l'intégration a été évalué.

L'exemption pour gains d'efficacité est elle-même fonction de l'équité. Un important critère d'autorisation de l'exemption prévue au paragraphe 85(3) est l'obligation de « réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte », critère qui découle on ne peut plus d'une préoccupation pour la distribution. Même si l'application du critère d'équité à l'analyse des gains d'efficacité s'est vraisemblablement un peu affaiblie, les commentateurs de la politique de concurrence européenne conviennent, premièrement, que l'affaiblissement n'a pas lieu d'être et, deuxièmement, que l'exemption pour gains d'efficacité reste soumise à la volonté d'intégration qui sous-tend le paragraphe 85(1).

Après l'affaire *Synthetic Fibres*, certains ont prétendu qu'étant donné les avantages économiques et le maintien du jeu de la concurrence le critère de la transmission équitable aux consommateurs était présumé respecté. Toutefois, il s'agit d'une interprétation inacceptable du paragraphe 85(3), lequel insiste particulièrement sur les intérêts des consommateurs¹¹⁹. L'amélioration du niveau de vie des consommateurs étant un moyen d'unifier les Communautés, l'intégration demeure la principale préoccupation.

- **L'article 86 du Traité de Rome**

Le deuxième pilier de la politique de concurrence de l'Union européenne, l'article 86 du Traité, interdit l'exploitation abusive d'une position dominante qui influe sur le commerce entre les États membres.

Tandis que les États-Unis ont envisagé les monopoles dans l'optique des structures, mettant l'accent sur l'existence d'une position dominante, l'Union européenne a adopté une approche moins stricte à l'égard des structures ayant une position dominante, approche

¹¹⁸ Hawk, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁹ Voir aussi Korah, *op. cit.*, « From Legal Form Toward Economic Efficiency - Article 85(1) of the EEU Treaty in Contrast to U.S. Antitrust », *Antitrust Bulletin*, vol. 25, 1990, p. 1009.

dans laquelle l'accent était mis sur l'abus d'une position dominante. L'article 86 admet l'existence d'entreprises ayant une position dominante, mais prévoit l'exercice d'un contrôle sur leur conduite. La volonté d'intégration est à l'origine de la différence entre les deux approches. Dans l'UE, l'existence d'une position dominante est acceptable, parce qu'elle est un moyen pour les entreprises de réaliser les économies d'échelle qui leur échappaient lorsque leurs activités étaient limitées au territoire national. Toutefois, l'exploitation abusive d'une position dominante peut être jugée illicite. Il est interdit aux entreprises d'exploiter une position pour fausser le jeu de la concurrence dans le marché commun¹²⁰.

De plus, l'importance que doit avoir la position dominante pour attirer l'attention des autorités est plus grande qu'elle ne l'est dans un régime pleinement intégré comme celui des États-Unis. Dans ce pays, une position dominante désigne l'indépendance par rapport au marché, tandis que dans l'Union européenne l'*indépendance* est permise dans la mesure elle ne sert pas à exercer une *influence* sensible sur le marché.

Par exemple, dans l'affaire *Continental Can*¹²¹, la Commission a déterminé que le critère applicable en ce qui concerne la position dominante serait le caractère **général** de l'indépendance par rapport au marché. Dans l'affaire *United Brands*¹²², la Cour de justice a déterminé qu'une position dominante désignait la capacité pour une entreprise d'agir avec une indépendance appréciable par rapport à ses concurrents, à ses clients et, en fin de compte, aux consommateurs. Une position dominante devient inquiétante lorsqu'elle peut avoir un effet déterminant sur les conditions dans lesquelles pourra évoluer la concurrence¹²³.

L'existence d'une position dominante est plus acceptable dans l'UE, mais elle n'est pas permise sans égard pour les petites entreprises. Ces dernières sont protégées pour des raisons classiques ayant rapport non seulement à l'équité¹²⁴, mais aussi à la volonté

¹²⁰ *NV Nederlansche Banden-Industrie Michelin v. Commission, European Union Review*, 1983, p. 3511.

¹²¹ *Continental Can, European Union Review*, 1973, p. 215.

¹²² *United Brands, European Union Review*, 1978, p. 207.

¹²³ *Hoffman-La Roche v. Commission, European Union Review*, 1979, p. 520.

¹²⁴ Voir De Jong, « Anti-trust and International Competitiveness: The European Experience », *Antitrust Law & Economics Review*, 1988, p. 53 :

L'équité est une considération importante dans l'Union européenne; depuis vingt ans, la Commission n'a cessé d'insister sur l'importance de la viabilité des petites entreprises et sur la nécessité de la protéger.

d'intégration. Les petites entreprises servent à empêcher que les entreprises européennes ayant une position dominante n'agissent comme elles seraient tentées de le faire, à savoir qu'elles rétablissent les divisions en fonction du territoire des États membres¹²⁵.

- **Les effets sur le commerce entre États membres**

L'objectif d'intégration qui sous-tend les deux articles sur la concurrence dont il est question ci-dessus devient de plus en plus commun par la diminution constante des différences entre les lois de la concurrence des États membres qui définissent les activités pouvant être assujetties aux règles de la concurrence applicables dans l'ensemble de l'UE.

L'abaissement a commencé peu de temps après la formation des Communautés. En 1966, la Cour a conclu, dans l'affaire *Consten*, qu'il importe tout particulièrement de déterminer si une entente *peut* constituer une menace, *directe ou indirecte et réelle ou possible*, au libre-échange entre États membres et ce, d'une manière *pouvant* nuire à la réalisation de l'objectif de création d'un marché unique dans les États membres¹²⁶.

Dans les affaires *BNIC*, la Cour a élargi davantage la notion de capacité, d'effet indirect et d'effet nuisible possible¹²⁷. La fixation du prix d'une matière première, à l'intérieur d'un pays, respecte le critère concernant le commerce inter-État, si la matière première entre dans le processus de production se déroulant dans un autre État. Dans

Voir aussi Walsh et Paxton, *Competition Policy: European and International Trends and Practices*, Londres, Macmillan, 1975, p. 2 :

La grande taille a été le canon économique durant la majeure partie de l'après-guerre, mais on commence à reconnaître les problèmes sociaux qu'entraîne une forte concentration industrielle. En Union européenne, il devient de plus en plus évident que la petite entreprise locale a un rôle à jouer et que les économies d'échelle déshumanisent le milieu de travail.

¹²⁵ Voir Kalmansohn, « Application of EEU Articles 85 and 86 to Foreign Multinationals », *Legal Issues of European Integration*, vol. 2, n° 1, 1984, p. 6 :

L'Union européenne a appuyé activement l'existence et la viabilité des petites et moyennes entreprises dans la Communauté; elle estime qu'elles peuvent être un contrepoids efficace aux grandes entreprises du marché commun, qui ont tendance à fragmenter et à délimiter les marchés en fonction des frontières nationales, ce qui est incompatible avec l'objectif d'intégration.

¹²⁶ *Consten and Grundig v. Commission*, *European Union Review*, 1966, p. 341. Quelques années plus tard, dans *Miller International Schallplatten GmbH v. Commission*, *European Union Review*, 1978, p. 131, le tribunal a déterminé à nouveau que la Commission n'avait pas à montrer qu'une entente influe véritablement sur le commerce, mais seulement qu'elle peut avoir un tel effet.

¹²⁷ *Bureau national interprofessionnel du Cognac (BNIC) v. Guy Clair*, *European Union Review*, 1985, p. 391; *BNIC v. Aubert*, *European Union Review*, 1987, p. 4789.

l'affaire *Re Fire Insurance*, une entente conclue à l'intérieur de l'Allemagne a été jugée capable d'influer sur le commerce parce qu'une des parties à l'entente exploitait des filiales dans d'autres États¹²⁸. Dans l'affaire *Tepea*, la Cour a affirmé qu'elle interdirait toute entente destinée à fragmenter un marché intérieur¹²⁹. Le critère concernant la fragmentation du marché inter-État est applicable dans le cas de la fragmentation du marché intérieur d'un État parce que cette dernière avait tendance à entraîner un morcellement national de la Communauté¹³⁰.

Par conséquent, la Commission n'a guère à recueillir de preuve pour conclure à l'existence d'un effet sur le commerce inter-État. La combinaison du processus d'intégration et des décisions rendues par la Cour à cet égard constitue une symbiose permettant de parvenir aux fins visées. À mesure que disparaîtront les barrières au commerce dans la Communauté, la plupart des ententes ayant un quelconque effet sur le commerce seront jugées illicites en fonction du critère concernant l'incidence sur le commerce inter-État¹³¹.

- **L'intégration et la règle de raison**

Le mouvement d'intégration a aussi entraîné l'émergence d'une règle de raison différente de celle qui a été élaborée dans un régime intégré.

La nature différente de la loi européenne en matière de concurrence est telle que la nécessité d'une règle de raison est moins grande. De plus, la structure même de la loi européenne en matière de concurrence présente une différence particulière. Comme nous l'avons signalé, il existe dans l'Union européenne, contrairement aux États-Unis, une disposition prévoyant explicitement une exemption à l'application de la prohibition, à savoir le paragraphe 85(3). Cette disposition atténue les pressions qui s'exerceraient normalement pour que s'applique la prohibition *per se*.

Le paragraphe 85(3) prévoit **explicitement la possibilité d'une acceptation des ententes de cartels, acceptation qui est beaucoup plus grande que ne le permettraient les tribunaux américains en vertu de la règle de raison**. Comme il existe une exemption explicite, la nécessité d'établir une procédure de justification implicite en vertu de la règle de

¹²⁸ Décision de la Commission, 1985, OJ L 35/20, maintenue par EUJ dans l'affaire *Verband der Sachversicherer*, *European Union Review*, 1987, p. 405 (traitée dans Wyatt et Dashwood, *op. cit.*, p. 393).

¹²⁹ *Tepea B.V. v. Commission*, *European Union Review*, 1978, p. 139.

¹³⁰ Voir aussi *Brasserie de Haecht v. Wilkin (No. 1)*, *European Union Review*, 1967, p. 407; *Delimitis v. Nenninger Brau*, *Common Market Law Review*, vol. 5, 1992, p. 210.

¹³¹ Weatherill et Beaumont, *op. cit.*, p. 612.

raison n'est pas aussi grande. La loi Sherman ne contient au contraire aucune exemption explicite¹³².

Néanmoins, les tribunaux ont adopté une forme de règle de raison. La Cour de justice a établi que :

- pour déterminer l'application du paragraphe 85(1), un tribunal doit préciser si, comme conséquence raisonnable prévisible et compte tenu des facteurs juridiques ou autres, une entente peut avoir un effet sensible sur le commerce entre États membres.

À cette fin, il faut examiner les réalités économiques du jeu de la concurrence¹³³.

En dépit du fait qu'elle n'a jamais désigné les facteurs en question par l'expression « règle de raison »¹³⁴, la Cour de justice a reconnu leur application en jurisprudence de trois façons¹³⁵. Le meilleur exemple de la dimension intégrationniste de la règle de raison appliquée dans l'UE est la règle de l'« incitation indispensable », suivant laquelle si ce n'était de la restriction de la concurrence, il n'y aurait aucun concurrent, ni aucune concurrence à restreindre.

Dans l'affaire *Technique minière*¹³⁶, la Cour a reconnu que l'objet ou l'effet d'un entente d'exclusivité de vente devait être apprécié dans son contexte économique et non pas seulement juridique et elle a exprimé l'avis que les restrictions sans lesquelles une opération serait irréalisable n'ont pas pour effet, par elles-mêmes, de restreindre la jeu de la concurrence.

¹³² Voir Weatherill, *op. cit.*, p. 625; Korah, *op. cit.*, p. 1014-1015; Timberg, *op. cit.*, p. 137.

¹³³ Malawer, « International Law, European Community Law and the Rule of Reason », *Journal of World Trade Law*, vol. 8, n° 17, 1974, p. 21.

¹³⁴ Voir, Whish et Sufin, « Article 85 and the Rule of Reason », *Yearbook of European Law*, vol. 7, n° 1, 1987, p. 29 :

Il est intéressant de noter que la Cour elle-même n'a jamais utilisé l'expression « règle de raison » lorsqu'elle traite du paragraphe 85(1) dans ses décisions, incluant celles rendues depuis l'arrivée du juge Joliet en 1985.

¹³⁵ Il s'agit, premièrement, de l'incitation indispensable, qui existe également aux États-Unis, de la règle des restrictions accessoires et de l'autorisation de certaines restrictions en fonction de critères objectifs appliqués sans discrimination. Pour une excellente description de l'évolution de ces trois règles, voir Wyatt et Dashwood, *op. cit.*, p. 406-408.

¹³⁶ *Société technique minière v. Maschinenbau Ulm*, *Common Market Law Review*, vol. 5, 1996, p. 357.

Dans l'affaire *Nungesser*, toutefois, deux autres facteurs ayant trait à l'intégration ont été reconnus. L'application de la prohibition pouvait être écartée pour une entente d'exclusivité de vente ayant un effet restrictif s'il était vrai qu'en l'absence d'une certaine protection contre la concurrence personne n'aurait couru le risque d'entrer sur le marché, surtout celui d'un autre État membre. Autrement dit, la défense peut être invoquée particulièrement si l'activité ou la restriction anticoncurrentielle est nécessaire à l'établissement d'un lien entre des marchés précédemment distincts. La volonté d'intégration détermine l'application de la règle de raison à cet important égard.

Dans l'affaire *Sylvania*, les tribunaux américains ont permis des restrictions territoriales absolues parce que, sans elles, d'autres auraient pu profiter des efforts du nouvel arrivant¹³⁷. L'UE n'est pas allée aussi loin¹³⁸. Dans l'affaire *Nungesser*, la Cour a conclu que la protection territoriale absolue était excessive, de sorte que sa décision est restée conforme à la prohibition initiale appliquée aux restrictions territoriales absolues dans l'affaire *Consten*. En Europe, le problème ne découle pas de la **dimension exclusive** des restrictions, mais de leur **caractère territorial**.

On peut donc s'attendre tout au plus, en Europe, à une règle de raison *sui generis* tenant compte, entre autres choses, de l'objectif d'intégration du marché.

6.5 Les possibilités d'harmonisation

Il serait raisonnable de supposer qu'à mesure que s'intégrera l'Europe les politiques de concurrence d'autres marchés intégrés, comme celui des États-Unis, deviendront plus

¹³⁷ Voir aussi Sharma, Thomson et Christie, *op. cit.*, 1994.

¹³⁸ Voir Hawk, B., *op. cit.*, p. 74-75 :

La loi de l'UE est très différente. Il existe depuis toujours un genre de règle *per se* concernant les restrictions territoriales absolues définies en fonction des frontières nationales. Il ne faut pas s'attendre à ce que la doctrine économique qui prévaut actuellement aux États-Unis entraîne un revirement dans la jurisprudence américaine. L'invocation du bénéfice sans contrepartie n'a pas autant de poids en UE, du moins lorsqu'il s'agit des importations parallèles.

Voir aussi Whish, *op. cit.*, p. 29 :

Certaines décisions font état de l'application partielle d'une règle de raison, laquelle est soumise toutefois au principe primordial de l'intégration. S'il existe une règle de raison dans la loi européenne, elle est d'application limitée, car elle est supplantée lorsqu'une entente a pour effet de retarder l'intégration du marché commun.

faciles à appliquer. En dépit des débats passionnés que soulève la question¹³⁹, il faut logiquement conclure que ce ne sera pas le cas. Si les marchés sont différents¹⁴⁰, les politiques de concurrence qui y sont applicables le sont aussi¹⁴¹. **L'équité et l'intégration jouent un plus grand rôle dans l'UE.** En fait, l'efficacité étant devenue une préoccupation plus importante aux États-Unis, les efforts antitrust se sont concentrés sur cet aspect, si bien que le principe fondamental de l'équité a perdu encore plus de terrain. Il se pourrait que la politique antitrust des États-Unis s'éloigne de celle de l'UE au lieu de s'en rapprocher, bien qu'une récente réévaluation critique de l'antitrust de l'École de Chicago laisse supposer un retour possible au principe d'équité aux États-Unis (voir plus haut la sous-section 4.2.3).

L'UE ne peut se permettre de se tourner uniquement vers les États-Unis. Les considérations socio-politiques qui sous-tendent ses lois sont plus variées. Certes, elle doit se concentrer en tout temps, à plusieurs niveaux, sur l'efficacité, l'équité et l'intégration si elle veut éviter que la quête individualiste de profits ne fasse échouer son projet. La maximisation des profits est donc strictement contrôlée en Europe et ce contrôle est relâché uniquement pour favoriser l'intégration des communautés.

¹³⁹ Voir Hawk, B., *op. cit.*, p. 53 :

La « révolution » idéologique de l'École de Chicago aux États-Unis est à l'origine de certaines critiques du droit de la concurrence européen parce qu'il est jugé désuet et ne tient pas suffisamment compte de la « nouvelle pensée économique » aux États-Unis. Les appels à l'application d'une « règle de raison » en vertu du paragraphe 85(1) font souvent état de l'abandon des règles *per se* en faveur de la règle de raison aux États-Unis.

Voir aussi van Bael, p. 12 :

Personne ne dénonce l'enthousiasme avec lequel la Commission et la Cour s'efforcent d'atteindre leur objectif dans leurs activités respectives. Toutefois, s'agissant des restrictions territoriales, il y a des décisions dans lesquelles, du point de vue du bien-être du consommateur, il serait bon d'adopter une « règle de raison » plutôt que la règle *per se* qui a été appliquée jusqu'à maintenant.

¹⁴⁰ Hawk, B., *op. cit.*, p. 54. Cet auteur signale que les réalités économiques demeurent très différentes, parce qu'il reste que dans l'UE il faut composer avec des langues et des cultures différentes, de nombreuses monnaies, des taux de change variables et d'autres différences.

¹⁴¹ Voir Hawk, B., *op. cit.*, p. 85 :

Il ne se produira de révolution en Europe comme il y a eu aux États-Unis, du moins sous une forme aussi extrême, en raison des différences entre les deux sur le plan de la politique et des lois qui sous-tendent le droit.

7. L'échelle des conceptions de la concurrence de la Triade

Les Américains sont beaucoup plus individualistes et plus disposés à s'opposer aux experts et à résister aux autorités. Ces caractéristiques présentent des avantages, mais elles s'accompagnent par ailleurs d'une grande inactivité et d'une grande indécision que les étrangers qualifient d'exemples d'inefficacité¹⁴².

Lorsqu'un pays a été dirigé par un groupe très uni d'hommes politiques et de fonctionnaires travaillant en collaboration avec des associations commerciales et des syndicats, il est possible d'atténuer l'incertitude en raison de la confiance mutuelle créée par la collaboration continue des parties. Certains pays d'Europe, au cours du dernier siècle, ou le Japon, des années 50 aux années 80, en sont des exemples¹⁴³.

Dans ce document, nous avons placé les conceptions de la concurrence sur une échelle entre l'individualisme et le communautarisme. Des exemples de ces conceptions ont été présentés aux sections 2 et 3. Aux sections 4, 5 et 6 est décrite l'évolution historique de la politique et des lois en matière de concurrence des États-Unis, du Japon et de l'UE. Où situer les trois entités sur l'échelle des conceptions?

Tout comme il n'existe pas d'économie de marché à l'état pur, aucune des entités étudiées dans ce document ne représente parfaitement les conceptions extrêmes que sont l'individualisme pur ou le communautarisme pur. La conception de la concurrence de chaque entité présente en fait des caractéristiques hybrides.

La comparaison des **règles de fond des lois de la concurrence** et de leur **mise en application** dans la Triade nous amène à tirer ces conclusions :

- la politique de concurrence des États-Unis, du point de vue des règles de fond et de leur mise en application, se rapproche davantage de la conception individualiste dans l'échelle;
- la politique de concurrence du Japon, du point de vue des règles de fond et de leur mise en application, se rapproche davantage de la conception communautariste dans l'échelle;
- la politique de concurrence de l'Union européenne, du point de vue des règles de fond et de leur mise en application, est proche de la conception communautariste du Japon.

Nous allons maintenant étoffer ces conclusions par une analyse des similitudes et des différences dans la Triade du point de vue :

¹⁴² Dixit, Avinash K., *The Making of Economic Policy*, conférences de Munich, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1996 (à paraître), p. 109.

¹⁴³ Dixit, Avinash K., *The Making of Economic Policy*, conférences de Munich, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1996 (à paraître), p. 54.

- a) des caractéristiques particulières des politiques de concurrence, notamment :
- l'application de dispositions de droit civil ou de droit pénal;
 - l'évolution de la règle de raison et celle de la règle *per se*;
 - l'importance relative des considérations relevant de l'intérêt public, de l'intégration et de l'efficacité économique;
 - les aspects de la direction d'entreprise, par exemple les réseaux de relations;
- b) de l'application des lois de la concurrence et de la jurisprudence en la matière, en rapport avec les principales pratiques commerciales anticoncurrentielles, notamment :
- les complots;
 - l'exploitation abusive d'une position dominante ou la taille d'une entreprise;
 - les fusions;
 - les ententes verticales;
 - l'application concrète des lois en matière de concurrence.

7.1 Une comparaison des caractéristiques

- **L'application de dispositions de droit civil et de droit pénal**

Les différences du point de vue de la procédure pénale et de la procédure civile déterminent les conséquences juridiques; car les normes de preuve sont beaucoup plus exigeantes en matière pénale qu'en matière civile.

Dans la Triade, il n'y a guère de différence entre les lois en matière de concurrence du point de vue de la procédure pénale et de la procédure civile. Toutefois, il existe certaines différences importantes sur le plan de l'application, comme nous en faisons état à la sous-section 7.2.

- **La règle de raison et la règle *per se***

Aux États-Unis, la règle de raison s'est plus ou moins imposée avec le temps, parce qu'elle privilégie le rôle de l'individu. En Europe et au Japon, cette règle occupe une moins grande place parce qu'on y attache moins d'importance aux poursuites et au droit jurisprudentiel. En ce qui concerne l'évolution de la règle de raison dans le droit antitrust, il existe plus de similitudes entre l'Europe et le Japon qu'entre eux et les États-Unis. C'est donc dire que la règle de raison est moins développée en Europe et au Japon qu'aux États-Unis.

- **L'intérêt public et l'intégration**

- **L'intérêt public.** Au Japon, il appartient à la Commission du commerce équitable (FTC) ou aux tribunaux de déterminer si une restriction déraisonnable du commerce, sous forme de cartel par exemple, est contraire à l'intérêt public¹⁴⁴.

Union européenne. Le Traité de Rome oblige la Commission à veiller à la cohésion économique et sociale de l'Europe et à d'autres objectifs qui y sont énoncés. Par conséquent, aux fins de l'intérêt public, la Commission a dû faire preuve de tolérance à l'égard de certaines subventions accordées par les gouvernements d'États membres. La Commission reconnaît que l'aide publique peut entraîner des distorsions dans le commerce entre États membres en raison d'une mauvaise allocation des ressources, mais elle soutient que les subventions peuvent concourir à atténuer les difficultés sociales qui accompagnent les changements structurels. Toutefois, lorsqu'elle permet l'aide publique, la Commission pose souvent des conditions qui visent à atténuer les effets défavorables de cette aide sur le jeu de la concurrence. Les exemptions accordées pour l'aide publique sont justifiées par le fait qu'il est possible que la concurrence ne permette pas aux entreprises les plus efficaces de survivre ou qu'elle entraîne des coûts sociaux trop élevés.

- **Intégration.** L'intégration n'est pas une composante de la politique de concurrence des États-Unis ou du Japon, mais elle est au cœur de la politique de concurrence de l'UE. Le recours à la politique de concurrence comme moyen d'intégration a donné lieu, dans l'UE, à l'adoption de règles qui transigent sur le principe de l'efficacité du marché par souci d'assurer l'intégration et l'efficacité à long terme du marché.

- **L'efficacité économique et le bien-être des producteurs et des consommateurs**

États-Unis. Dans ce pays, l'interprétation de l'efficacité semble reposer en grande partie sur l'évaluation des avantages retirés par les consommateurs. En d'autres termes, l'évaluation de l'efficacité économique est envisagée dans l'optique étroite du bien-être ou du surplus du consommateur.

Union européenne. L'efficacité est une considération moins importante que l'intégration, mais les lois européennes en matière de concurrence contiennent des dispositions tenant compte des intérêts des consommateurs aussi bien que de ceux des producteurs. Par exemple, le règlement sur les fusions de 1990 tient compte des avantages retirés par les consommateurs ou de leurs intérêts ainsi que de la position des entreprises sur le marché.

¹⁴⁴ Matsushita, Mitsuo, *International Trade and Competition Law in Japan*, New York, Oxford University Press, 1993, p. 90.

Japon. L'importance accordée à l'efficacité économique au Japon est une question vivement débattue. Selon les circonstances, les structures en réseau telles que les *keiretsu* peuvent permettre de réduire les coûts des opérations et accroître l'efficacité. Nous reviendrons sur cette question à la sous-section 7.3.

- **La direction d'entreprise : les réseaux de relations**

- **Les relations.** La politique de concurrence européenne s'applique à un marché hétérogène d'intervenants individualistes et d'intervenants qui, comme en Allemagne, tiennent compte aussi de relations plus étendues dans leurs décisions. La politique de concurrence qui s'est développée est proprement européenne et vise à réunir le mobile de la maximisation des profits et celui de l'établissement de relations pour favoriser l'établissement de relations entre les marchés des États membres.

L'évolution de la *Loi antimonopole* du Japon témoigne d'une conception communautariste du marché fondée sur les relations de longue durée. Bon nombre des pratiques commerciales et des relations entre les entreprises et le gouvernement qui prévalent au Japon sont, pour les Européens, des exemples quelque peu poussés de pratiques néanmoins familières, contrairement aux Américains, pour qui elles semblent être des mesures perfides visant à priver les étrangers de l'accès au marché japonais.

- **La direction d'entreprise.** Il y a des points de ressemblance entre la direction d'entreprise en Europe et celle qui s'exerce au Japon. En Allemagne, il existe des groupements industriels comptant une banque et des fonctionnaires compréhensifs dans les ministères à vocation économique et technologique. En France, les entreprises industrielles ont l'habitude de l'appui administratif fourni par l'intermédiaire de réseaux issus de l'École nationale d'administration. L'Allemagne est le pays des nombreux cartels et l'Italie, celui des réseaux de gestion personnalisés. Dans plusieurs pays d'Europe, la politique antitrust est appliquée de manière souple ou favorable à l'industrie. Pour ces raisons, les autorités européennes sont plus réceptives aux arrangements administratifs de type japonais¹⁴⁵.

Ainsi, si la direction d'entreprise aux États-Unis repose sur l'individualisme, au Japon et en Europe, les décisions des entreprises et leur direction sont motivées par le communautarisme.

¹⁴⁵ Wilks, *op. cit.*, p. 40.

7.2 La loi et la jurisprudence en matière de concurrence

- Les complots et les cartels d'exportation
- Les complots

États-Unis: Les ententes entre concurrents sont prohibées depuis longtemps aux États-Unis. L'évolution de la notion d'infraction *per se* témoigne de la vive aversion de principe pour la collusion qui a pour conséquences directes des prix de monopole et des pratiques monopolistiques sans gains en contrepartie. Cependant, lorsqu'elle a autorisé une défense fondée sur l'efficacité dans une affaire entendue en 1979, la Cour suprême des États-Unis peut avoir affaibli la stricte application de la règle *per se* à une conduite collusoire prohibée¹⁴⁶.

Union européenne. Prenons d'abord des exemples tirés du passé. En Allemagne, au début du siècle, la légalité des cartels et d'autres formes de restriction du jeu de la concurrence étaient généralement définie dans le *Code civil* de 1900. De façon générale, les tribunaux hésitaient à limiter l'activité des cartels et des monopoles. Même l'ordonnance sur les cartels de 1923 ne contenait pas de prohibition *per se* des cartels, qui étaient jugés licites en principe. Il a fallu attendre 1949 pour que des changements soient apportés par les autorités alliées, qui ont promulgué, dans le cadre du statut d'occupation, des lois visant la décartellisation de l'industrie allemande¹⁴⁷. En Suède, les cartels ont été autorisés par la loi jusqu'en 1993. De nombreuses industries suédoises sont caractérisées par une forte concentration et par des ententes de cartels. Ces ententes sont souvent approuvées par les autorités politiques et autorisées par la réglementation¹⁴⁸.

Dans l'UE, l'évolution de la conception théoriques des ententes horizontales ou de la collusion témoigne de la mise en balance des avantages et des inconvénients de la concurrence et de la coopération. Les ententes de fixation des prix et de partage du marché ont été condamnées par la Commission. Quant aux cartels circonscrits à l'intérieur de l'UE et aux cartels étrangers dont les activités touchent l'UE, leur prohibition s'apparente à une prohibition *per se*. Toutefois, la Commission approuve, dans une certaine mesure, les ententes de coopération entre des entreprises. La Commission considère que l'aide publique

¹⁴⁶ *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System*, 44 US 1 (1979).

¹⁴⁷ Stockmann, Kurt, « Lessons from Other Countries: The Federal Republic of Germany », sous la direction de R.S. Khemani et W.T. Stanbury, *op. cit.*, vol. 1, 1991, p. 613-636.

¹⁴⁸ Fölster, Stefan et Peltzman, Sam, « The Social Cost of Regulation and Lack of Competition in Sweden », sous la direction de Richard B. Freeman et Robert Topel, dans *Reforming the Welfare State: The Swedish Model in Transition*, Chicago, University of Chicago Press, 1996 (à paraître).

et la coopération sont des pratiques favorisant la concurrence, comme en témoigne la définition très large qu'elle donne des petites et moyennes entreprises (PME)¹⁴⁹ aux fins de l'applicabilité des exemptions par catégories prévues dans la loi pour les ententes de spécialisation et les ententes de R-D¹⁵⁰. Les ententes horizontales à l'intérieur d'un État membre sont prohibées, mais elles sont jugées de manière plus tolérante lorsqu'elles sont conclues entre des concurrents de différents États membres.

Japon. En principe, la loi japonaise en matière de concurrence, la *Loi antimonopole*, interdit les cartels formés à des fins anticoncurrentielles comme la fixation ou la hausse des prix, la restriction de la production ou la fragmentation des marchés. Pour empêcher la collusion anticoncurrentielle, que peuvent faciliter les associations commerciales, la *Loi antimonopole* interdit aux associations commerciales de se livrer à des activités anticoncurrentielles au Japon. Néanmoins, les cartels sont autorisés dans ce pays, non pas aux fins de la concurrence, mais pour d'autres raisons. Par exemple, le MITI a eu recours à des lignes directrices administratives pour favoriser la conclusion d'ententes horizontales et la formation de groupements pour protéger les petites entreprises, venir en aide aux industries en difficulté et stimuler la R-D fondamentale.

Cartels d'exportation. Les cartels d'exportation sont un moyen de transférer les profits depuis l'étranger vers les entreprises nationales, vraisemblablement parce qu'aucune entreprise nationale ne peut être lésée et que les producteurs nationaux en bénéficient. Toutes les entités de la Triade appliquent des lois ou des politiques autorisant les cartels d'exportation sur leur territoire. Ces cartels sont approuvés par les gouvernements ou soustraits à l'application de la loi sur la concurrence¹⁵¹.

Dans l'ensemble, les complots et les cartels d'exportation ont initialement été prohibés dans les lois en matière de concurrence et dans la conception de la concurrence des entités de la Triade. Dans une large mesure, les États-Unis se distinguent par l'application ferme de la règle *per se*, tandis que l'UE applique une règle comparable et que le Japon atténue généralement la prohibition des cartels et des ententes horizontales en accordant des exemptions et en ayant recours à des exceptions par prescription administrative.

¹⁴⁹ Par exemple, deux entreprises détenant ensemble 20 % de l'ensemble du marché de l'UE sont encore considérées comme des PME.

¹⁵⁰ George, Ken et Jacquemin, Alexis, « Competition Policy in the European Community », sous la direction de W. S. Comanor, K. George, A. Jacquemin, F. Jenny, E. Kantzenbach, J. A. Ordover et L. Waverman, *op. cit.*, 1990, p. 206-245.

¹⁵¹ Voir Ehrlich, William et Sharma, I. Prakash, « Competition Policy Convergence: The Case of Export Cartels », *Document du Groupe des politiques*, n° 94/03, Ottawa, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, avril 1994.

● **L'exploitation abusive d'une position dominante et la taille de l'entreprise**

États-Unis. Les monopoles, qui sont au coeur du régime antitrust américain, sont soumis à la règle de raison dans ce pays. Des années 40 aux années 60, la déconcentration systématique des industries a été axée sur les structures, sans que l'efficacité n'entre en considération. Pour ceux qui fondent l'antitrust sur les structures, l'entrée possible de nouveaux intervenants sur les marchés concentrés n'était pas suffisamment menaçante pour empêcher les entreprises ayant une puissance commerciale de l'exercer. Durant les années 70 et 80, les tenants de l'École de Chicago ont soutenu qu'il y avait relativement peu de danger que réussisse la monopolisation du marché ou l'exploitation abusive d'une puissance commerciale. C'est pourquoi, au milieu des années 80, ni une forte concentration du marché ni même l'existence d'une position dominante ne comptait parmi les principales conditions pouvant déclencher l'application de la politique de concurrence aux États-Unis.

Cependant, une fois que s'est affaiblie l'influence de l'École de Chicago, on a soutenu que certaines pratiques commerciales — comme l'avantage que procure l'initiative ou des différences, sur le plan de l'information, entre l'entreprise en place et les nouveaux arrivants ou en rapport avec la réputation de l'entreprise en place — constituaient des obstacles à l'entrée sur le marché et favorisaient le maintien d'une position dominante. Si l'on prend l'exemple de Microsoft, il semble que la politique antitrust américaine concernant l'exploitation abusive d'une position dominante témoigne d'un repli vers une conception plus rigoureuse sur l'échelle des conceptions de la concurrence.

Union européenne. Dans l'UE, c'est l'exploitation abusive d'une position dominante, et non pas son existence, qui est prohibée. Autrement dit, une entreprise ayant une position dominante sera tolérée dans la mesure où elle n'exploite pas cette position de manière abusive et ne se livre pas à une conduite anticoncurrentielle. De façon générale, l'exploitation abusive d'une position dominante est soumise, dans l'UE comme aux États-Unis, à la règle de raison, dont l'application suppose un examen des conditions sous-jacentes dans chaque cas. La loi européenne ne contient pas de dispositions prescrivant la déconcentration des structures existantes; elle proclame plutôt l'illégalité de l'exploitation abusive d'une position dominante.

Japon. La *Loi antimonopole* reconnaît qu'une entreprise ayant une grande puissance commerciale peut devenir un monopole ayant pour effet d'empêcher ou de contrôler les activités commerciales d'autres entreprises et de nuire au jeu de la concurrence. L'exclusion et le contrôle sont deux dimensions de l'existence d'un monopole sur le marché. En principe, la *Loi antimonopole* prévoit, pour lutter contre les monopoles au Japon, des mesures de contrôle se rapportant tant aux structures qu'à la conduite. Les mesures de déconcentration, comme la fragmentation d'une entreprise existante, sont devenues applicables, en théorie,

lorsque la règle *per se* a été reprise avec réticence en 1977 pour le contrôle des structures monopolistiques.

Bref, les États-Unis se distinguent des autres entités de la Triade du fait qu'ils mettent l'accent sur la taille de l'entreprise ou sur la part de marché, c'est-à-dire sur des éléments ayant un rapport avec les **structures** et de nature quantitative, pour déterminer l'existence d'un monopole. Au contraire, le Canada, l'UE et le Japon semblent insister sur le caractère abusif de la **conduite** monopolistique plutôt que sur la taille ou la structure elle-même. La loi américaine prévoit aussi le démantèlement des structures monopolistiques existantes, ce que ne prévoient explicitement les lois ni du Japon ni de l'UE.

Dans l'ensemble, l'insistance sur des aspects ayant un rapport avec les structures — comme la grande taille des entreprises — dans la politique de concurrence des États-Unis témoigne de la conception suivant laquelle les entreprises détenant une importante part de marché sont susceptibles de réduire la liberté individuelle et de nuire au bien-être des consommateurs. Bien que l'UE et le Japon se fondent aussi sur la part de marché pour déterminer l'existence de monopoles, on cherche plutôt à y savoir s'il y a eu exploitation abusive d'une position dominante et atteinte au bien-être de la société. Le traitement prévu en cas d'exploitation abusive d'une position dominante dans l'UE et au Japon est compatible avec leur conception communautaire suivant laquelle les entreprises peuvent être de grande taille, pourvu que la société en retire des avantages compensatoires.

Premièrement, aux États-Unis, il n'est pas nécessaire d'établir explicitement la part de marché pour déterminer l'existence d'une position dominante. Deuxièmement, dans la politique de concurrence de l'UE et du Japon, on accorde plus d'attention à la conduite anticoncurrentielle qu'aux structures. Troisièmement, il est possible de démanteler des entreprises existantes ayant une position dominante aux États-Unis, ce qui n'est pas prévu dans l'UE et est pratiquement impossible à faire au Japon.

- **Les fusions**

États-Unis. Dans ce pays, l'examen des fusions est effectué en fonction de leur effet (anticipé) sur le bien-être des consommateurs, lequel effet s'exprime par l'incidence sur les prix à la consommation. Cet effet est établi par l'évaluation de la position dominante. Dans la jurisprudence et les lignes directrices sur les fusions de 1992 aux États-Unis, la puissance commerciale a été évaluée à l'aide de données quantifiables sur la part de marché et sur les structures, ainsi que d'indices s'y rapportant, dont l'indice de Herfindhal-Hirschman (mesure de la concentration sur un marché). Il peut arriver que l'on tienne compte des gains d'efficacité pouvant découler d'une fusion, mais, dans le passé, cet aspect n'a pas joué un grand rôle. Donc, les gains d'efficacité ne sont pas une justification absolue aux États-Unis.

La plupart des fusions proposées d'une valeur de plus de 100 millions de dollars US doivent être notifiées au préalable à la Commission fédérale du Commerce et au Département de la Justice des États-Unis¹⁵². Les autorités peuvent prendre des décrets imposant le dessaisissement des secteurs d'activité laissant croire à la possibilité de conduite anticoncurrentielle. Il existe aussi des mesures qui ne se rapportent pas aux structures. Contrairement à la loi appliquée dans l'UE, au Canada et au Japon, celle des États-Unis permet explicitement aux parties privées de demander une injonction pour se protéger contre le préjudice pouvant résulter d'une infraction à l'article 7 de la loi Clayton. De façon générale, le Département de la Justice n'est pas préoccupé par les fusions verticales et il semble plus tolérant que la jurisprudence américaine.

Union européenne. Avant la promulgation du règlement sur les fusions de 1990, le pouvoir de contrôle de l'acquisition d'une position dominante était pratiquement absent dans l'UE. Une fusion a une dimension européenne lorsque : *a)* le chiffre d'affaires global réalisé à l'échelle mondiale par toutes les entreprises intéressées dépasse 5 milliards d'écus et *b)* le chiffre d'affaires global réalisé dans l'UE par au moins deux des entreprises intéressées représente plus de 250 millions d'écus. Comme aux États-Unis et au Canada, la notification préalable d'une fusion est obligatoire dans l'UE.

Les fusions qui ont pour effet de créer ou de renforcer une position dominante et de nuire sensiblement au jeu de la concurrence sont prohibées dans l'UE. La Commission, lorsqu'elle apprécie les fusions, tient compte des facteurs suivants : la structure du marché; la concurrence réelle et possible des entreprises à l'intérieur comme à l'extérieur de l'UE; la situation des entreprises et leur puissance économique et financière; les possibilités s'offrant aux fournisseurs et aux utilisateurs; l'approvisionnement et l'accès aux marchés; les obstacles à l'entrée; les tendances de l'offre et de la demande de biens et de services pertinents; les intérêts des consommateurs; le progrès technique et économique dans la mesure où le consommateur en bénéficie et où il ne nuit pas au jeu de la concurrence.

Dans l'UE, le contrôle des fusions semble fondé sur la croyance qu'il est peu probable que la fusion d'entreprises ayant de faibles parts du marché nuise au jeu de la concurrence. Contrairement au Canada, la loi de l'UE ne prévoit pas explicitement la possibilité de justifier une fusion par des gains d'efficacité. Dans l'ensemble, toutefois, le contrôle des fusions dans l'UE est exercé par l'application de la règle de raison, comme c'est aussi le cas aux États-Unis.

¹⁵² Aux États-Unis, les fusions devant être notifiées sont celles où une partie a un actif total ou un chiffre d'affaires net de 100 millions de dollars US ou plus et l'autre partie, un actif total ou un chiffre d'affaires net de 10 millions de dollars US ou plus; ou encore les opérations où une partie acquiert au moins 50 % des actions avec droit de vote de l'autre partie, même si la valeur des titres avec droit de vote ne dépasse pas 15 millions de dollars US.

Japon. Les fusions qui ont pour effet de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence ou qui représentent une pratique commerciale déloyale sont illicites. Comme dans les autres entités de la Triade, la notification préalable d'une fusion à la Commission du commerce équitable (FTC) du Japon est obligatoire. Dans l'affaire *Yawata-Fuji*, qui s'est réglée par un jugement rendu sur consentement, la FTC ne s'est même pas demandé s'il y aurait lieu de tenir compte des questions de gains d'efficacité¹⁵³. Contrairement aux États-Unis, mais comme dans l'UE, les gains d'efficacité ne peuvent, au Japon, être invoqués pour justifier une fusion de grandes entreprises au Japon. En théorie, la FTC peut, en dernier recours, prendre un décret ordonnant le démantèlement ou la fragmentation d'une structure monopolistique au Japon. Dans la pratique, toutefois, les mesures de déconcentration sont presque impossibles à appliquer.

Au Japon comme aux États-Unis, les critères retenus par les autorités pour déterminer s'il y a lieu d'examiner une fusion notifiée sont surtout de nature quantitative : a) la part de marché d'une entreprise ou la part globale des entreprises qui fusionnent représente au moins 25 % du marché ou, pour la fusion de trois entreprises, la part globale de marché est d'au moins 50 %; b) une des entreprises qui fusionnent ou les deux se classent parmi les plus importantes et occupent 15 % du marché; c) l'actif d'une des entreprises qui fusionnent totalise plus de 10 milliards de yens et celui de l'autre est d'un milliard de yens; d) le marché de l'entreprise qui fusionne avec une autre ne compte qu'un petit nombre de concurrents. Quant aux critères d'enquête, la FTC du Japon tient compte de facteurs de nature économique ou qualitative, comme les conditions de la concurrence sur le marché en question et sur les marchés connexes, s'il s'agit d'une fusion horizontale, et le degré d'occupation du marché, s'il s'agit de fusions verticales¹⁵⁴.

Bref, la notification préalable d'une fusion est obligatoire dans les trois entités de la Triade et le contrôle des fusions en droit civil y est soumis à la règle de raison. Cependant, c'est aux États-Unis que les critères servant à déterminer si une fusion doit faire l'objet d'un examen sont le plus faibles, les critères de l'UE et du Japon étant très élevés.

Les faibles critères appliqués aux États-Unis témoignent du fait que, suivant la conception américaine de la concurrence, même la concentration résultant de la fusion de petites entreprises peut nuire à la liberté individuelle, à l'efficacité économique et au jeu de la concurrence sur le marché. De plus, par leur insistance sur des facteurs quantitatifs plutôt que qualitatifs dans l'examen des fusions, les autorités américaines limitent les autres facteurs pouvant compenser les effets défavorables de la fusion de petites entreprises. Au Japon, la loi en matière de concurrence, qui prévoit des critères quantitatifs tels que la part de marché et

¹⁵³ Décision de la FTC du Japon, le 30 octobre 1970, *Shinketsushu*, 16 (1970).

¹⁵⁴ Matsushita, Mitsuo, *op. cit.*, 1993, p. 130-131.

l'indice de concentration pour déterminer la possibilité d'effets anticoncurrentiels d'une fusion proposée, semble contenir des éléments de la loi américaine. Cependant, les seuils auxquels une fusion doit obligatoirement être notifiée sont plus élevés au Japon. Aucune des entités de la Triade ne prévoit explicitement que l'on puisse invoquer des gains d'efficacité comme moyen de défense. Cependant, en raison de l'importance accordée à l'intérêt public et de la volonté d'intégration dans l'UE, il y existe une plus grande tolérance des fusions qui pourraient par ailleurs être condamnables sur le plan de l'efficacité.

- **Les ententes verticales**

Les ententes verticales interdites par la loi en matière de concurrence sont celles qui ont trait au maintien du prix de revente, à l'exclusivité territoriale et à la restriction de la clientèle, à l'exclusivité de vente, aux ventes liées et aux ententes verticales de franchise. Dans la Triade, toutes les ententes verticales, sauf celles qui visent le maintien du prix de revente, sont soumises à la règle de raison. Cette convergence de traitement dans la Triade révèle que les ententes verticales y sont considérées, selon les conditions, comme des moyens qui peuvent ou bien améliorer le jeu de la concurrence sur le marché et le bien-être économique, ou bien réduire la concurrence et le bien-être.

Les ententes de maintien du prix de revente font l'objet d'une prohibition *per se* dans l'ensemble de la Triade. Cette illégalité tient au fait que l'on craint que ces ententes ne facilitent les ententes horizontales de fixation des prix ou de cartellisation dans la Triade.

Bref, dans l'ensemble de la Triade, les ententes verticales, sauf celles de maintien du prix de revente, sont examinées individuellement, c'est-à-dire suivant la règle de raison. À cet égard aussi, les États-Unis sont la seule entité de la Triade qui continue d'appliquer, dans une certaine mesure, la règle *per se* dans l'examen des ententes d'exclusivité de vente et, dans une mesure nettement moindre, dans l'évaluation des ententes de ventes liées. Ainsi, en ce qui concerne les ententes verticales, les mesures sont relativement les mêmes dans la Triade, sauf pour les États-Unis, qui se distinguent à quelques égards.

- **L'application pratique**

Aux États-Unis et dans l'UE, l'application est caractérisée par des poursuites criminelles et des sanctions pénales pour infractions à la loi de la concurrence, mais, au Japon, la FTC procède surtout par procédure civile ou administrative. La FTC peut à l'occasion intenter des poursuites pour monopole privé ou restriction déraisonnable du commerce, mais la procédure pénale est pour elle une méthode de dernier recours¹⁵⁵.

¹⁵⁵ À ce sujet, voir Sharma, Thomson et Christie, *op. cit.*, 1994.

États-Unis. Aux activités d'application des autorités fédérales s'ajoutent d'autres mécanismes permettant que des procédures soient intentées par les procureurs généraux des États et par des particuliers. Les principes sous-jacents des droits démocratiques et la recherche individualiste du profit incitent les individus à recourir aux tribunaux et peut-être même à modifier la common law. La maximisation des profits est un puissant mobile aux États-Unis, comme en témoigne la jurisprudence de ce pays, en raison de l'incitation que fournit la possibilité de retirer des dommages-intérêts triples et des honoraires proportionnels, laquelle n'existe qu'aux États-Unis¹⁵⁶. Ainsi, les coûts que peut occasionner l'application de la loi antitrust font qu'il en coûte généralement plus cher aux entreprises américaines de faire des affaires, et la multiplicité des intervenants possibles dans le régime d'application de la loi concourt à accroître l'inquiétude des gens d'affaires. Par conséquent, le régime d'application américain empêche que n'aient lieu certaines fusions ou ententes commerciales qui pourraient procurer des bienfaits et favoriser la concurrence.

Union européenne. Dans l'UE, la loi en matière de concurrence est appliquée par voie administrative. La Direction générale de la concurrence, ou DG-IV, de la Commission possède des pouvoirs étendus l'autorisant à faire enquête, à intenter des poursuites et à infliger des peines.

L'objectif d'intégration a un effet très déterminant sur la façon d'agir de la Commission. Les ententes horizontales de cartellisation sont tolérées lorsque la part de marché est négligeable et lorsqu'elles n'ont pas d'effet sur le commerce entre États membres. La Commission a déterminé que les marques de commerce, les ententes de licence et le droit d'auteur ne peuvent servir à faire obstacle aux importations parallèles.

Quant au contrôle des monopoles, la Commission l'exerce en se fondant sur la conduite des entreprises pour déterminer s'il y a abus. Les mesures prises par la Commission visent à contrôler certains aspects de la conduite des entreprises. Certains auteurs ont soutenu que le contrôle de la conduite des entreprises, s'il ne s'accompagnait pas de mesures visant les structures, par exemple d'une ordonnance de démantèlement, n'avait pas été très efficace dans l'UE¹⁵⁷.

L'application des dispositions relatives aux fusions est administrée et examinée par un Groupe de travail spécial de la DG-IV. Le pouvoir ultime en matière de concurrence appartient à la Commission. Dans un premier temps, la DG-IV consulte la DG-III, Direction générale du marché intérieur et des affaires industrielles. Ensuite, l'affaire est soumise au

¹⁵⁶ Voir Jorde et Teece, « Innovation, Cooperation and Antitrust », *Antitrust, Innovation and Competitiveness* », Oxford University Press, 1992, p. 56 et 58.

¹⁵⁷ George, Ken et Jacquemin, Alexis, *op. cit.*, 1990, p. 233.

Comité consultatif des représentants des gouvernements des États membres. Enfin, l'affaire est soumise à un organisme décisionnel réunissant tous les commissaires. Certains commentateurs ont soutenu que les évaluations des fusions par la DG-IV sont souvent préparées de manière à concorder avec les décisions rendues par la Commission pour d'autres motifs¹⁵⁸.

Japon. En principe, les ententes horizontales (cartels, fixation des prix ou segmentation du marché) conclues entre des entreprises au Japon peuvent être contestées en vertu de la *Loi antimonopole*. Toutefois, les entreprises constituées en cartels recommandés par le gouvernement peuvent revendiquer une exemption en soutenant qu'elles se conforment à une prescription du gouvernement. La FTC du Japon n'admet aucune exemption à la prohibition même si le cartel est constitué suivant une prescription administrative. En revanche, les tribunaux japonais ont convenu d'exempter de la prohibition certains cartels constitués suivant une prescription administrative.

La *Loi antimonopole* prévoit des dispositions visant les fusions, mais ces dispositions n'ont pas été appliquées à la même échelle qu'aux États-Unis. Avant 1992, aucune des fusions examinées au Japon n'a été prohibée¹⁵⁹. Parfois, des entreprises sont parvenues à fusionner, avec l'appui du MITI, en dépit des objections de la FTC du Japon.

Analyse des principes d'application. Le Japon et l'Europe ont en commun une conception plus communautariste, fondée sur l'établissement de relations et sur une tradition de droit civil¹⁶⁰. Ces pays ont mis au point un système dans lequel les individus sont moins susceptibles de recourir aux tribunaux, mais où, s'ils le font, les poursuites n'auront vraisemblablement pas d'effet sur la loi. Les amendes sont imposées sous forme de surtaxe¹⁶¹. Même lorsque les États-Unis exercent des pressions pour l'obliger à hausser la

¹⁵⁸ Neven, D., Nuttal, R. et Seabright, Paul, *Merger in Daylight: The Economics and Politics of European Merger Control*, Londres, Centre for Economic Policy Research, 1993.

¹⁵⁹ Matsushita, Mitsuo, *op. cit.*, 1993, p. 129.

¹⁶⁰ Voir « Trustbusting in Japan : Cartels and Government-Business Cooperation », *Harvard Law Review*, vol. 94, 1981, p. 1066 :

Le régime juridique du Japon est inspiré des principes du code civil allemand, ce qui a compliqué l'application de la *Loi antimonopole* qui est d'inspiration américaine.

¹⁶¹ Voir Iyori, *op. cit.*, p. 242 :

L'influence de la pensée allemande et européenne continue de se faire sentir au Japon aujourd'hui. L'imposition d'une surtaxe aux parties à une entente de fixation des prix s'inspire des amendes de nature administrative prévues dans les lois de la concurrence de l'Allemagne et de l'UE.

surtaxe ou à renforcer l'application de la *Loi antimonopole*, le Japon prend exemple sur l'UE plutôt que sur les États-Unis¹⁶². L'Europe continentale et le Japon ont en commun le fait que des mesures antitrust étrangères d'inspiration individualiste leur ont été imposées par les États-Unis dans le passé, et aussi le fait d'avoir à modifier l'application de ces mesures pour les adapter à leur marché.

De même, contrairement aux États-Unis, ni l'UE ni le Japon n'autorisent des parties privées à recourir directement au tribunal pour l'examen de questions de concurrence d'une nature non criminelle, ni à demander des dommages-intérêts triples dans une affaire pénale.

7.3 La conception de la concurrence et les résultats des modèles d'entreprise

Une politique de concurrence est une partie intégrante d'une politique économique globale. Un des principaux objectifs des responsables de l'élaboration de la politique est de fournir à la population de bonnes possibilités d'emploi et de bonnes perspectives commerciales et un niveau de vie élevé. Une politique efficace en matière de concurrence et de commerce doit favoriser la création d'emplois, l'activité commerciale et le bien-être des consommateurs.

Certains analystes s'inquiètent des frictions qu'engendrent les modes d'organisation de l'activité commerciale dans les différents pays et se demandent ce qui se produira sur le marché lorsque s'affronteront l'individualisme des États-Unis et le communautarisme de l'Allemagne et du Japon¹⁶³. À ce sujet, Thurow, qui estime que la lutte est déjà engagée, a affirmé ceci, en substance :

Voir aussi Wilks, *op. cit.*, p. 20, au sujet du rôle des lignes directrices :

En Grande-Bretagne, les lignes directrices sont souvent considérées comme des mesures futiles et visant à sauver la face qu'il est facile de ne pas respecter et qui sont souvent ignorées. Au Japon, on attache beaucoup plus d'importance aux lignes directrices; elles ont presque le même poids que les précédents en jurisprudence. De façon générale, en UE, les lignes directrices servent précisément à interpréter et à expliquer davantage la jurisprudence.

¹⁶² Voir Wilks, *op. cit.*, p. 31 : Lorsque le Japon a fixé à seulement 1,5 % du chiffre d'affaires la surtaxe imposée aux cartels, les États-Unis ont demandé qu'elle soit portée à 10 %.

De plus,

la FTC du Japon a annoncé qu'elle facilitera les poursuites en droit privé en publiant des renseignements plus complets et en fournissant la totalité de la preuve au tribunal. Les frais de cour seront abaissés, mais il demeure peu probable que les dommages-intérêts triples ou les recours collectifs deviennent possibles. Le MITI signale qu'il n'y a pas de raison pour que le Japon adopte des dispositions à cet égard, car il n'en existe pas de telles en Europe.

¹⁶³ Thurow, Lester C., *Head to Head: The Coming Economic Battle Among Japan, Europe and America*, New York, Warner Books, 1992, p. 125.

L'affrontement entre deux formes de capitalisme a déjà commencé : d'un côté, le capitalisme individualiste anglo-américain, de l'autre, les versions allemande et japonaise du capitalisme communautariste¹⁶⁴.

Selon Thurow et Blinder¹⁶⁵, les entreprises américaines se situent à une extrémité de l'échelle, soit celle qui correspond à la recherche de la maximisation des profits à court terme, tandis que les entreprises allemandes se rapprochent de l'extrémité communautariste, où se trouvent les entreprises japonaises. Certains commentateurs sont d'avis que la conception communautariste de l'entreprise l'emporte actuellement sur la conception individualiste. Il existe des exemples de réussite dans chaque version. Cependant, Thurow fait valoir la force, la durabilité et la souplesse des entreprises japonaises et allemandes.

Dans ce document, l'analyse comparative des conceptions américaine, européenne et japonaise de la concurrence donne à penser que le double objectif du maintien de bons emplois et de l'amélioration du niveau de vie peut être atteint de deux façons : par le mode anglo-américain d'organisation des entreprises et par le mode de direction d'entreprise communautariste de l'UE et du Japon.

7.3.1 La direction d'entreprise en régime individualiste anglo-américain

La conception anglo-américaine de la politique de concurrence privilégie l'efficacité du jeu des forces sur le marché, au moins à court et à moyen terme et peut-être à long terme. La recherche de l'efficacité commence par la concurrence entre les producteurs et se traduit, pour les consommateurs, par les plus bas prix possibles pour des produits de qualité. Comment l'approche anglo-américaine permet-elle d'atteindre ces objectifs?

Premièrement, il existe un lien très direct entre l'efficacité du jeu de la concurrence et un niveau de vie élevé. Les faibles prix permettent aux consommateurs de se procurer plus de biens et d'autres choses par lesquels ils accèdent à un niveau de vie plus élevé. Le niveau de vie des citoyens s'accroît à mesure qu'augmentent leurs possibilités de consommation.

Deuxièmement, le lien entre l'efficacité du jeu de la concurrence et les emplois peut se décrire ainsi. La concurrence entre les entreprises se traduit par une allocation efficace des ressources. Les entreprises sont incitées à utiliser les techniques de gestion et de production

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Blinder, Alan, « Profit Maximization and International Competition », *Financial and International Economy*, vol. 5, essais dans le cadre du prix décerné par l'AMEX Bank en mémoire de Robert Marjolin, sous la direction de Richard O'Brien, New York, Oxford University Press, 1991. M. Blinder occupe actuellement le poste de vice-président du conseil du Federal Reserve System des États-Unis.

qui leur permettent a) d'abaisser les coûts et b) de mettre au point de nouveaux produits. Les entreprises peuvent triompher de leurs concurrents tant sur le marché national qu'à l'étranger, en raison de leurs avantages comparatifs sur le plan des prix et de la qualité. Ces avantages comparatifs permettent aux entreprises efficaces de s'attirer des clients à l'échelle mondiale.

Pour conserver et accroître leurs avantages comparatifs sur le plan des prix et de la qualité, les entreprises font de la recherche-développement pour améliorer la productivité de leurs travailleurs. Les entreprises efficaces peuvent accroître leur part du marché et, ainsi, hausser leur chiffre d'affaires et leurs profits. Les entreprises concurrentielles aident les décideurs à atteindre l'objectif d'expansion des possibilités commerciales. Les entreprises efficaces rivalisent pour les travailleurs qualifiés, instruits et très productifs, ce qui fait croître les salaires et concourt à atteindre l'objectif de maintien et de création de meilleurs emplois.

Bref, la conception anglo-américaine, parce qu'elle privilégie l'efficacité dans une économie dynamique, concourt non seulement à l'amélioration du bien-être des consommateurs et à l'accroissement des possibilités commerciales, mais aussi au maintien de bons emplois. Dans le régime anglo-américain, les possibilités commerciales se multiplient grâce à la concurrence, par les prix et par la qualité, que les nouveaux arrivants font aux entreprises en place. La politique de concurrence de type anglo-américain est telle que la grande taille des entreprises et leurs pratiques restrictives ne nuisent pas à l'établissement d'entreprises, à la création d'emplois rémunérateurs et à l'amélioration du niveau de vie.

7.3.2 La direction d'entreprise en régime communautariste

La conception européenne et japonaise de la direction d'entreprise favorise l'établissement de relations efficaces en plaçant les producteurs au centre de la politique de concurrence. Comment l'approche de l'Union européenne et du Japon permet-elle d'atteindre ces objectifs?

Les intervenants sur les marchés de l'UE et du Japon, qu'ils appartiennent au secteur privé ou au secteur public, se connaissent.

- Premièrement, les intervenants sur ces marchés reconnaissent l'importance des relations ou réseaux commerciaux étendus.
- Deuxièmement, les gouvernements comprennent mieux les avantages de la coopération entre les entreprises, et entre eux et les entreprises.
- Troisièmement, les relations établies s'appuient moins sur le droit contractuel que ce n'est le cas dans l'individualisme.

Dans la conception des affaires au Japon et dans l'UE, « vivre et laisser vivre » est une règle importante que suivent les entreprises concurrentes, surtout en périodes de récession et à l'égard des industries en recul. Au Japon par exemple, les bienfaits qu'apporte la possibilité d'avoir un emploi pendant toute une vie incitent à soutenir les entreprises, même lorsqu'elles sont en difficulté. Les principes du communautarisme servent aussi à justifier la restriction des possibilités de prise de contrôle d'entreprises par ceux qui font croître la valeur des actions au prix des emplois. Cette conception explique aussi la possibilité de participation croisée dans les entreprises au Japon et la méfiance à l'égard de la démocratie des actionnaires. Quoiqu'il en soit, la protection des institutions sociales traditionnelles et le fait d'éviter les marchés qui font des gagnants et des perdants peuvent concourir au maintien des emplois, mais nuire à l'efficacité économique et à une nouvelle allocation des ressources.

L'insistance sur la coopération dans les relations entre les entreprises et l'État tient au fait que le gouvernement s'attend à ce que les entreprises se conduisent de manière à fournir des emplois et des possibilités commerciales dans l'économie. Les entreprises, elles, s'attendent à ce que le gouvernement adopte des règlements et des politiques qui leur permettront de demeurer rentables et de fournir des emplois, aujourd'hui comme demain. Tant que la conception européenne et japonaise de la politique de concurrence aboutit à des résultats satisfaisants dans l'ensemble, les pratiques commerciales ne peuvent être considérées comme le critère optimal de l'efficacité économique. Toutefois, l'efficacité ne doit pas non plus être entièrement négligée. À cet égard, et dans une économie dynamique, le communautarisme peut favoriser (mais ne favorise pas nécessairement) la création d'entreprises efficaces. Ainsi, l'approche de l'UE et du Japon peut permettre d'atteindre les objectifs, de façon directe, par la création de conditions favorables à la planification et à la croissance à long terme des entreprises et au maintien de bons emplois.

8. Conclusion

Dans ce document, nous avons tenté d'expliquer et d'exposer les différences entre les conceptions de la politique de concurrence dans la Triade d'une manière plus approfondie que ne le permet une simple comparaison des lois et de la jurisprudence des trois entités. Cette analyse va au-delà de la dimension juridique et met en lumière les aspects culturels et philosophiques qui sous-tendent les marchés. Nous avons cherché à mieux comprendre les motifs de la conduite anticoncurrentielle des intervenants sur les marchés et, par conséquent, les formes que peut prendre la politique de concurrence à mettre en oeuvre pour empêcher cette conduite.

8.1 La convergence des conceptions de la concurrence dans la Triade

Les politiques de concurrence de l'Union européenne, des États-Unis et du Japon, issues de conceptions différentes, ont toutes produit de bons résultats dans le passé. Par conséquent, **une des conclusions de ce document est que nous ne présumons pas que la forme dominante que doit prendre la politique de concurrence dans le monde est la version américaine.**

Les conceptions de la concurrence évoluent parallèlement au progrès de la société. Sur le marché, les entreprises sont appelées non seulement à soutenir la concurrence mondiale, mais parfois à coopérer avec des entreprises étrangères. Pour bénéficier des avantages de la coopération interentreprises avant l'entrée en concurrence, les autorités nationales en matière de concurrence sont à la recherche de moyens de coopérer avec les responsables de l'élaboration de la politique de concurrence et avec les autorités chargées de l'appliquer dans des pays étrangers. Comme les modes de direction des entreprises d'une même branche d'activité ont tendance à converger dans l'ensemble de la Triade, nous prévoyons une plus grande convergence aussi des conceptions des politiques de concurrence des entités de la Triade.

- **Les États-Unis**

Avec le temps, la politique de concurrence des États-Unis s'est écartée de l'équité, qui était son principe directeur initial et qui a été remplacée par le souci d'efficacité du marché. Le principe d'équité vise la protection de la petite entreprise, tandis que celui de l'efficacité vise la protection du consommateur. Les deux sont protégés contre des mesures visant la maximisation des profits à l'exclusion de tout autre objectif. Néanmoins, la politique antitrust américaine demeure ancrée dans la tradition de l'individualisme. Les préoccupations communautaristes n'ont aucune place dans les entreprises et dans la loi américaines. C'est ce qui distingue la politique de concurrence des États-Unis de celles du Japon et de l'Europe continentale. Le Japon et l'Europe procèdent d'abord par prescription administrative, les amendes n'étant qu'un dernier recours. Aux États-Unis, l'application de la politique de concurrence repose davantage sur les affrontements et les litiges.

Examinons l'évolution de la politique de concurrence américaine. Il y a plus de cent ans, les États-Unis ont entrepris l'intégration de leur économie et concentré leurs efforts sur l'expansion économique au moyen de structures commerciales concurrentielles, ce qui a supposé notamment le démantèlement des trusts et des monopoles. Durant les années 70 et 80, les États-Unis ont réorienté leur politique des structures vers l'efficacité et, depuis, ils ont concentré leurs efforts encore plus étroitement sur la conduite des entreprises. L'importance que doit avoir la réglementation et l'intervention de l'État, en particulier dans

des branches d'activité avancées sur le plan technologique, a toujours été vivement controversée aux États-Unis.

Pour réussir dans une économie mondiale reposant sur l'information, les entreprises, grandes et petites, doivent avoir accès aux réseaux mondiaux et pouvoir se conformer aux normes mondiales. Les entreprises de classe mondiale doivent s'appuyer sur des communautés locales où sont réunis une bonne infrastructure, des innovateurs, des travailleurs très qualifiés et des commerçants internationaux qui se situent à la croisée des cultures et veillent à la circulation. Pour acquérir et maintenir des capacités de qualité mondiale, les communautés doivent pouvoir amener les gens à s'entendre sur une définition du bien commun, à élaborer ensemble des plans et à déterminer les stratégies bénéfiques pour un grand nombre de personnes et d'organisations. Les chefs d'entreprises doivent reconnaître que de solides communautés locales peuvent les aider à soutenir la concurrence mondiale¹⁶⁶.

Dans ce document, nous avons soutenu que les préoccupations communautaristes n'ont guère d'importance pour les entreprises américaines et dans la loi des États-Unis. Dans une économie fondée sur le savoir, cependant, la recherche de la maximisation des profits, sans tenir compte des intérêts de la société et de la communauté, peut n'être pas la solution optimale. Les entreprises tirent profit non seulement de la création de ressources qui leur sont propres, mais aussi de l'établissement de liens entre elles et la communauté. Cette observation est bien énoncée par Peter Drucker, en ces termes :

« ... l'individu, et notamment le travailleur du savoir, a besoin d'appartenir, en dehors et au-delà de son travail, en dehors même et au-delà de son domaine de savoir spécialisé, à une sphère de vie sociale et de relations privées à laquelle il puisse apporter quelque chose de constructif. [...] tout pays développé a besoin d'un secteur social autonome, autogéré, composé d'organisations communautaires. Il en a besoin pour assurer les services sociaux indispensables et surtout pour créer des liens communautaires entre les citoyens, pour restaurer une citoyenneté active¹⁶⁷. »

Si elles envisageaient les travailleurs du savoir dans une perspective plus communautariste, les entreprises américaines pourraient accroître leur productivité dans une société du savoir. Pour cela, il faudrait que la direction d'entreprise aux États-Unis se rapproche du modèle communautariste qui existent dans l'Union européenne et au Japon¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Kanter, Rosabeth Moss, « Thriving Locally in the Global Economy », *Harvard Business Review*, septembre-octobre 1995, p. 151-160.

¹⁶⁷ Drucker, Peter F., *Au-delà du capitalisme*, Paris, Dunod, 1993, p. 187 et 190-191.

¹⁶⁸ Voir Derner, « Individualism Runs Amok in the Marketplace », *Utne Reader*, vol. 111, 1944, p. 116 :

- **L'Union européenne**

Dans l'UE, l'intégration du marché européen est l'objectif primordial. L'harmonisation de la réglementation et de l'intervention des gouvernements joue un rôle important en ce sens. Par conséquent, l'efficacité économique n'est pas le principe directeur des marchés communautaristes de l'UE comme il l'est aux États-Unis. Toutefois, lorsque les économies de l'UE auront été intégrées, il est probable que l'UE détournera son attention du marché intérieur vers un marché mondial plus vaste.

L'existence d'un marché intérieur fermé dans l'Union européenne peut présenter des avantages à court et à moyen terme pour ceux qui y vivent, notamment la possibilité de réaliser des profits et la protection des emplois. Cependant, ces conditions ne sont guère propices à la survie à long terme. La croissance du marché est déterminée par la croissance de la demande. Plus tôt durant ce siècle, les États-Unis, qu'une économie intégrée semblait rendre autosuffisants, se contentaient d'exporter dans une faible proportion (entre 7 et 9 %) de leur PIB. Depuis le début des années 90, la part des États-Unis dans le commerce mondial s'est fortement accrue, au point où les exportations américaines représentent maintenant plus de 20 % du PIB.

Pour stimuler la croissance des entreprises et améliorer leur rentabilité, les entreprises de l'UE seraient appelées à fouiller les marchés extérieurs pour prospérer et acquérir les technologies et connaissances nouvelles dont elles ont besoin. Dans un monde où le commerce joue un rôle déterminant, les entreprises européennes auront plus facilement accès aux marchés étrangers et pourront y établir de meilleures relations à long terme si la Commission est disposée à autoriser les entreprises étrangères à entrer sur son marché intérieur, sans barrières. Par exemple, la plus grande ouverture des marchés européens, comme celui de l'agriculture, suppose nécessairement une amélioration de l'efficacité des entreprises européennes pour leur permettre de soutenir la concurrence étrangère. Par conséquent, il est probable que dans l'avenir la politique de concurrence de l'UE intégrera davantage les considérations économiques associées à la mondialisation.

- **Le Japon**

Au Japon, dans le passé, la concurrence était plus indirecte et engendrait moins d'affrontements. L'apparition de la concurrence à l'américaine, plus conflictuelle, a abouti à

À l'usine de fabrication de la *Saturn*, filiale de la société General Motors exploitée en coentreprise avec la société Toyota à Springhill (Tennessee), les travailleurs ont en quelque sorte un emploi à vie et le pouvoir de participer à la gestion et à la prise de décisions à tous les niveaux, compte tenu de la garantie immuable de qualité de l'entreprise, si bien que les travailleurs ont un sentiment de responsabilité envers les consommateurs. Ainsi, il est bon pour les affaires de greffer des préoccupations sociales aux principes économiques.

une demande de protection, laquelle a été accordée par la promulgation d'une loi autorisant les cartels durant les années 30. Les cartels ont été un appui indispensable pour les efforts militaires et politiques déployés en rapport avec les visées impérialistes du Japon en Asie. Avant la Seconde Guerre mondiale, l'efficacité, les intérêts des consommateurs et la concurrence n'avaient pas leur place dans le nationalisme et l'impérialisme économiques. La *Loi antimonopole* de 1947, inspirée en grande partie de la législation antitrust américaine, a été modifiée au début des années 50 pour permettre la constitution de cartels et l'intervention de ministères dans certaines branches d'activité par des prescriptions administratives. La coopération dans le cadre de relations à long terme est ce qui faisait la force du mode de direction d'entreprise au Japon. Le Japon a donc adapté la *Loi antimonopole* en fonction d'une conception de la concurrence visant à permettre la reconstruction de l'économie japonaise ruinée par la Seconde Guerre mondiale. La politique de concurrence du Japon incorpore le rôle du gouvernement et la réglementation de l'économie.

Le Japon a entrepris une restructuration industrielle et des transformations politiques. L'ouverture à l'étranger a permis aux consommateurs japonais de constater que de nombreux biens se vendent moins cher à l'étranger qu'au Japon. Pour contourner le problème de l'appréciation du yen, les entreprises japonaises ont commencé à s'approvisionner à l'étranger et à y établir des installations de fabrication. Au cours de la dernière décennie, les pays d'Asie ont bénéficié de plus en plus de l'investissement direct et du commerce du Japon à l'étranger. Par souci d'efficacité économique, le Japon est de plus en plus amené à s'interroger sur la valeur de pratiques institutionnalisées comme l'emploi à vie et les relations à long terme. Cette remise en question vise le fondement du *keiretsu*, le mode de direction d'entreprise au Japon.

Dans ce document, nous avons affirmé que les relations à long terme sont ce qui caractérise la direction d'entreprise au Japon et que, dans l'ensemble, elles ont bien servi le pays. Néanmoins, le régime de *keiretsu* est actuellement incompatible avec un important principe du commerce international, celui de la **transparence**. Le Japon doit remédier à la situation dans sa politique de concurrence. Or, le Japon évolue. Sa conception de la politique de concurrence évolue aussi, l'insistance de jadis sur les besoins d'un pays souffrant de pénuries devant maintenant être reportée sur ceux d'un pays à la recherche du progrès technologique, de l'accroissement de la productivité et de l'amélioration du niveau de vie.

8.2 Quelques observations finales

Il est probable qu'à moyen terme les politiques de concurrence des entités de la Triade seront soumises aux mêmes défis de restructuration des entreprises et de l'économie et aux problèmes que soulèvent l'ère de l'information et l'émergence de l'économie du savoir. À mesure que s'accélère le rythme des opérations internationales et que les entreprises

adoptent des pratiques de gestion semblables, une certaine coordination des politiques de concurrence des pays industrialisés s'impose.

Durant la période des années 50 aux années 70, les pays d'Europe et le Japon cherchaient à rattraper leur retard par rapport aux États-Unis, qui avaient réalisé des progrès industriels. Les politiques de concurrence appliquée par les gouvernements en Europe et au Japon pour opérer ce rattrapage étaient incompatibles avec la conception qu'en avaient les États-Unis. Depuis, toutefois, les entités de la Triade semblent se rallier de plus en plus à l'idée que l'intervention directe du gouvernement dans la production et dans les sciences et la technologie n'est pas une garantie de succès commercial durable¹⁶⁹. Dans le passé, les gouvernements d'Europe et du Japon pouvaient subventionner des entreprises nationales pour les aider à atteindre un objectif fixé en fonction des résultats déjà atteints par les industries américaines. Lorsque des concurrents sont à égalité, il est risqué de cibler et de choisir les gagnants. Les entreprises doivent soutenir la concurrence sur le marché; les bureaucrates ne peuvent le faire à leur place.

Les pays qui ont des secteurs d'activité économique avancée, comme le Japon, les États-Unis, ceux de l'UE et le Canada, doivent résoudre le problème de l'accroissement de la productivité par la recherche-développement, par l'innovation et par l'évolution des connaissances. Il y a un vif débat sur la question de savoir si les entreprises de grande taille ou les marchés concentrés offrent les conditions les plus propices et les meilleurs stimulants pour atteindre ces objectifs. À l'heure actuelle, on croit que la concurrence peut favoriser la création d'entreprises efficaces et innovatrices et qui ne sont pas nécessairement de grande taille¹⁷⁰.

Si les entités de la Triade reconnaissent davantage que les opérations commerciales doivent être soumises au jeu des forces du marché au lieu de faire l'objet d'une réglementation et de prescriptions administratives de l'État, il y aurait une plus grande

¹⁶⁹ Par exemple, l'article 130 du Traité de Maastricht précise que : « La communauté et les États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de la communauté soient assurées. » Plus loin, il ajoute :

« Le présent titre ne constitue pas une base pour l'introduction, par la Communauté, de quelque mesure que ce soit pouvant entraîner des distorsions de concurrence. »

Voir aussi, Ostry, Sylvia et Nelson, Richard R., *Techno-Nationalism and Techno-Globalism, Conflict and Cooperation*, Washington (D.C.), The Brookings Institution, 1995, p. 61.

¹⁷⁰ Voir Sharma, I. Prakash, « Optimal Patent Term and Trade: Some Considerations on the Road Ahead », *Document du Groupe des politiques*, n° 93/12, Ottawa, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, octobre 1993, p. 64-65.

latitude pour l'application de la politique de concurrence. Bref, nous constatons un élargissement et un approfondissement de la coopération entre les autorités de la Triade en matière de concurrence dans le domaine des enquêtes sur les infractions et de l'application des lois nationales en matière de concurrence.

Du point de vue du système des échanges internationaux, il serait avantageux que les entités de la Triade parviennent à mieux s'entendre pour trouver des solutions coordonnées et équivalentes. Il est essentiel de reconnaître, de comprendre et de respecter les motivations clés qui expliquent les différences entre les entités de la Triade si l'on veut éviter les conflits et s'orienter vers une politique de la concurrence qui soit coordonnée et efficace à l'échelle mondiale.

DOCUMENTS DES POLITIQUES - POLICY PAPERS

Récents documents sur des questions économiques et de politique commerciale :
Recent papers on Economic and Trade Policy Issues :

A) DOCUMENTS SUR LA POLITIQUE COMMERCIALE :

1. La mondialisation et la politique officielle au Canada : à la recherche d'une paradigme, par Keith H. Christie. Document n° 93/01 (janvier 1993).* SP19
2. Commerce et protection de l'environnement : comment mettre fin au dialogue de sourds?, par Michael Hart et Sushma Gera. Document n° 92/11 (juin 1992).* SP18
3. La mondialisation : Incidence sur la dynamique du commerce et de l'investissement, par Dennis Seebach. Document n° 93/07 (juin 1993).* SP25
4. Le contrôle des fusionnements à l'heure de la libéralisation des échanges : convergence ou coopération?, par Nicolas Dimic. Document n° 93/09 (août 1993).* SP27
5. Les consortiums technologiques : le dilemme du prisonnier?, par Rhoda Caldwell. Document n° 93/10 (août 1993).* SP28
6. La durée optimale des brevets dans une économie commercante : matériaux pour l'avenir de la politique commerciale, par I. Prakash Sharma. Document n° 93/12 (octobre 1993).* SP30
7. L'émergence d'une politique commerciale stratégique : chacun pour soi et dieu pour tous, par I. Prakash Sharma et Keith H. Christie. Document n° 93/14 (décembre 1993).* SP32
8. Mesures de conformité et règlement des différends dans les accords environnementaux internationaux : deux poids, deux mesures, par Keith H. Christie. Document n° 93/15 (décembre 1993).* SP33
9. Effets de l'intégration des marchés sur le commerce et la politique commerciale, par James McCormack. Document n° 94/01 (février 1994).* SP35
10. La nouvelle Jérusalem : la mondialisation, la libéralisation du commerce et certaines incidences sur la politique canadienne du travail, par Rob Stranks. Document n° 94/02 (février 1994).* SP36
11. Convergence de la politique de concurrence : les cartels d'exportation, par William Ehrlich et I. Prakash Sharma. Document n° 94/03 (avril 1994).* SP37
12. Programme de diversification du libre-échange au lendemain de l'ALENA et des NCM, par Keith H. Christie. Document n° 94/04 (janvier 1994).* SP38
13. Stratégies mondiales et investissement étranger direct : dimension commerciale et économique au Canada, par Julie Fujimura. Document n° 94/07 (février 1994).* SP41
14. Competition and Trade Policy Interface: Some Issues in Vertical Restraints, par I. Prakash Sharma et Prue Thomson, avec Keith Christie. Document n° 94/11 (décembre 1994). SP45
15. Le libre-échange nord-américain, les subventions et les droits compensateurs: la problématique et les options, par Gilbert Gagné. Document n° 94/13 (juillet 1994).* SP47

16. L'Organisation mondiale du commerce et les programmes environnementaux : Rapprochements dangereux, par Anne McCaskill. Document n° 94/14 (juin 1994). * SP48
17. Condamnés à agir : réflexions sur les régimes antidumping et la politique de concurrence, par Keith H. Christie. Document n° 94/15 (juillet 1994). * SP49
18. Les droits compensateurs et l'environnement : une boîte de Pandore ?, par Rob Stranks. Document n° 94/19 (octobre 1994). * SP53
19. La diplomatie à l'avant-garde - La technologie de pointe et la politique commerciale de Canada, par Gary Luton. Document n° 95/12 (décembre 1995) * SP70
21. La conception de la concurrence dan les entités de la Triade: considérations pour une politique commerciale, par Philip B. Marsden et I. Prakash Sharma. Document n° 96/06 (septembre 1996) * SP79

B) DOCUMENTS SUR LA PROMOTION DU COMMERCE :

1. From a Trading Nation to a Nation of Traders : Towards a Second Century of Trade Development, par Andrew Griffith. Document n° 92/05 (mars 1992) * SP12
2. Exportation et création d'emplois, par Morley Martin, Document n° 93/06 (juin 1993) * SP24
3. L'effet des exportations: analyse entrées-sorties de commerce extérieur canadien, par James McCormack. 92/24 (décember 1994) * SP58

C) DOCUMENTS SUR LE COMMERCE RÉGIONAL ET L'ÉCONOMIE :

1. Les approches particulières : régionalisme et diplomatie économique canadienne, par Keith H. Christie. Document n° 93/08 (mai 1993) * SP26
2. Japon Inc : La maîtrise des principes économiques fondamentaux, par I. Prakash Sharma. Document n° 93/16 (décembre 1993) * SP34
3. Le Canada et les Amériques : nouveaux débouchés et défis, par Conrad Sheck, Colin Robertson, Jamal Khokhar, Nicolas Dimic et Keith Christie. Document n° 94/06 (avril 1994) * SP40
4. La Chine en l'an 2000 : Nature de la croissance et intérêts économiques du Canada, par Steve Lavergne. Document n° 94/10 (mai 1994) * SP44
5. Établissements financiers et entreprises : une relation à la japonaise, par James McCormack. Document n° 94/16 (juillet 1994) * SP50
6. Les blocs économiques régionaux: un fait accompli?, par Julie Fujimura. Document n° 95/01 (février 1995) * SP59
7. Changements de partenaires et partenaires changeants: Tendances des relations économiques régionales du Canada, par Steve Wilson. Document n° 95/02 (mars 1995) * SP60
8. L'intégration économique des pays de l'Asie du Nord: réalité ou illusion?, par Steve Lavergne 95/03 (mars 1995) * SP61

9. Ensemble ou séparément: l'Argentine, le Brésil et l'ALENA, par Stephen Wilson, 95/09 (août 1995) SP67
10. Les quatre Amigos et d'autres encore: vers une zone de libre-échange des Amériques, par Keith Christie, 95/10 (octobre 1995)* SP68
11. Des Changements dans le Voisinage: Réflexions sur le Mexique en transition, par Thomas Legler, 96/02 (février 1996)* SP75

D) AUTRES DOCUMENTS SUR L'ÉCONOMIE :

1. Croissance démographique mondiale et mouvements de population : Conséquences pour les politiques canadiennes, par Michael Shenstone. Document n° 92/07 (avril 1992).* SP14
2. Pour des sanctions efficaces et appropriées, par Jean Prévost. Document n° 93/04 (mars 1993).* SP22
3. L'or noir : Évolution du marché mondial du pétrole et conséquences pour le Canada, par Shusma Gera. Document n° 93/05 (février 1993).* SP23
4. Croissance économique et pays en développement : Bilan de la recherche et éléments d'une politique canadienne, par Rick Mueller. Document n° 94/08 (avril 1994).* SP42
5. L'épée de Damoclès est-elle toujours là? Retour sur la crise de l'endettement des PMA, par Rick Mueller. Document n° 94/09 (mai 1994)* SP43
6. Les sanctions proactives : techniques du passé, vision moderne pour une gestion sans violence, par Dr. Nicholas Tracy. Document n° 94/17 (juin 1994)* SP51
7. Stress environnemental, conflits violents et sécurité nationale: L'arbre dans la forêt, par Rob Stranks. 95/05 (À paraître) SP63
8. Gérer la diversité: Les relations économiques du Canada avec les pays en développement, par Keith Christie et David Preston. Document no. 95/15 (décembre 1995)* SP73
9. La Chine: stress environnemental et sécurité nationale, par Robert T. Stranks et Nicolino Strizzi. Document no. 96/01 (février 1996)* SP74
10. "Nouvelle": Théorie de la croissance et aide au développement, par James P. Walker. Document no. 96/03 (avril 1996)* SP76

COMMENTAIRE DES POLITIQUES

- No. 1 L'Uruguay Round : ses avantages pour les pays en développement, par Robert T. Stranks * (mars 1994).
- No. 2 L'investissement direct à l'étranger et l'emploi intérieur, par Julie Fujimura et Robert T. Stranks * (avril 1994).
- No. 3 Les statistiques sur le commerce et l'investissement direct : des données tout à fait conciliables, par James McCormack * (mai 1994).
- No. 4 Les sanctions économiques : une arme à deux tranchants en politique étrangère?, par Rob Stranks * (mai 1994).
- No. 5 Entrées de capitaux récentes en Amérique latine : Trop beau pour durer?, par Richard Mueller * (août 1994).
- No. 6 Pas encore sortis de Bretton Woods: Déséquilibres des taux de change, commerce et réformes proposées, par James McCormack * (février 1995)
- No. 7 Veiller au grain: L'impact de la réduction du déficit sur le secteur commercial, par James McCormack * (mars 1995)
- No. 8 Le problème des chiffres: Les dépenses militaires dans les pays en développement, par James McCormack * (juin 1995)
- No. 9 Dossier en Souffrance: Vers la création d'une organisation mondiale pour l'environnement, par Robert T. Stranks * (juin 1995)
- No. 10 Un nouveau mode de financement des Nations unies: une idée qui fait son chemin, par James P. Walker * (décembre 1995)
- No. 11 Négociateurs en baskets: Produits dérivés, volatilité, risque et surveillance, par James McCormack * (mai 1995)
- No. 12 Possibilité de nouvelles réformes en Inde, par I. Prakash Sharma * (décembre 1995)
- No. 13 La restructuration du système financier japonais Après la tempête, par Julie K. Fujimura * (février 1996)
- No. 14 Bien Peser le pour et le contre: Sanctions commerciales et respect des droits fondamentaux du travail, par Robert T. Stranks * (avril 1996)
- No. 15 Le commerce extérieur dans les années 90: Aperçu de la performance du Canada, par Julie K. Fujimura * (juin 1996)
- No. 17 Réfugiés pour motifs environnementaux, par Robert T. Stranks * (janvier 1997)

* Disponible en anglais - available in English

LIBRARY E A / BIBLIOTHÈQUE A E



3 5036 01060825 8

DOCS

CA1 EA533 96P06 FRE

Marsden, Philip B

La conception de la concurrence
dans les entites de la Triade :
considerations pour une politique
commerciale

54005077

