

Cartels et Solidarité Internationale

Introduction

L'absence d'une autorité supranationale en matière de droit de la concurrence rend la coopération interétatique nécessaire pour faire face aux pratiques anticoncurrentielles les plus indésirables. La création d'un Fond International pour la Concurrence proposée ici remédierait au vide légal et institutionnel, et deviendrait un moyen efficace d'empêcher les effets néfastes des cartels.

Les cartels sont néfastes pour les consommateurs des pays développés et en voie de développement car ils entraînent des hausses de prix, tout en étant inefficaces d'un point de vue économique. Le démantèlement des cartels est ainsi l'activité majeure des autorités de la concurrence à travers le monde. Si la mise en vigueur des mesures anticartels est efficace dans les pays développés, ce n'est pas le cas dans les pays en voie de développement, à cause du manque d'expérience et de ressources budgétaires.

Bien qu'une évaluation quantitative des dommages causés par les cartels soit impossible à cause de la nature secrète de ces organisations, il est généralement admis que la valeur des dommages causés par la petite fraction des cartels internationaux qui ont été est plusieurs milliards de dollars. Ceci est une preuve que les cartels sont des fardeaux considérables mais invisibles pour l'économie mondiale. Néanmoins l'impact des cartels sur les pays en voie de développement peut être facilement illustré par des données obtenues en vertu de six cartels. Par le biais de surcharges ces derniers ont généré 1.71 \$milliards, 67\$ millions, 8\$ millions, 1.19\$ milliards, 975\$ millions et 43\$ millions grâce à des collusions, dans les secteurs des vitamines, de l'acide citrique, du brome, des tubes métalliques, des électrodes graphites, et de la lysine, respectivement.

Les autorités de la concurrence britannique et américaine ont récemment imposé des amendes records de plus de 500\$ millions à British Airways et Virgin Atlantic, accusées de cartellisation sur les vols transatlantiques. Ces amendes seront encaissées par les ministères de finances aux États-Unis et au Royaume-Uni, et seuls les citoyens affectés qui ont porté plainte contre ces compagnies seront compensés. Les citoyens des pays en voie de développement ne peuvent pas réclamer de l'argent pour leurs pertes. Étant donné l'impact global de ces cartels, il serait juste qu'une portion des amendes soit utilisée pour le renforcement des institutions responsables pour l'application des principes de la concurrence et de dissuader la cartellisation dans les pays du tiers monde.

La création d'un Fond International pour la Concurrence découragerait des pratiques anticoncurrentielles à l'échelle internationale tout en remédiant aux préjudices causés par ces pratiques aux pays en voie de développement. Cependant, cela nécessiterait un amendement des lois nationales pour autoriser des transferts d'amendes et de dédommagements selon un critère de proportionnalité.

Contexte

Si par le passé les cartels avaient le plus souvent une envergure nationale ou régionale, ils englobent aujourd'hui plusieurs continents et sont ainsi sous la juridiction de plusieurs autorités de la concurrence appliquant des règles similaires. La mondialisation économique a rendu l'amélioration de la gouvernance globale en matière de concurrence impérative. La pratique en cours dans les pays développés consiste à regarder les cartels internationaux d'un point de vue strictement national, les pénalisant en conséquence. Cela semble logique dans une perspective légale locale, mais ne rend pas justice aux victimes venant des pays en voie de développement pour lesquelles il n'existe aucune procédure de dédommagement.

De plus, cela permet aux cartels de maintenir au moins une partie de leurs revenus d'activités illégales. Ceci suggère aussi que de telles peines ne soient pas assez dissuasives du point de vue de ces derniers. Il est donc dans l'intérêt des pays développés d'identifier

les dommages causés par les cartels dans les pays en voie de développement et de les pénaliser en conséquence. Les répercussions positives de telles actions pour les pays développés se manifesteraient à travers une diminution de l'incidence des cartels. La communauté internationale doit donc développer les moyens et démontrer la volonté de protéger les consommateurs où qu'ils soient, promouvoir la démocratie économique et dissuader les cartels à l'intérieur et par-delà les frontières.

Un système qui alloue les droits aux dédommagements à toutes les victimes et non pas à quelques-unes d'entre elles, a aussi un avantage moral indiscutable. Dans les pays avancés, les amendes reviennent aux trésoreries nationales, bien que les dédommagements puissent aussi être réclamés par les victimes sous leurs juridictions nationales. Cependant, un tel mécanisme de compensation ne rend pas une justice distributive. Une grande partie des profits douteux des cartels internationaux vient souvent des

consommateurs des pays en voie de développement. Il serait donc idéal qu'une partie des indemnités de dédommagement soit utilisée pour bénéficier ceux qui ont été affectés.

Les problèmes économiques qui résultent des cartels internationaux doivent être résolus collectivement puisqu'il n'y a pas d'organisme international avec les pouvoirs nécessaires pour faire respecter les règles de la concurrence loyale. Heureusement, il existe des mécanismes formels et informels contre les cartels qui peuvent promouvoir des actions coopératives par diverses institutions nationales chargées avec des questions de la concurrence.

La coopération internationale adressant les problèmes de développement durable devrait garantir que les effets néfastes des pratiques anticoncurrentielles sur le développement sont pris en compte de telle manière que tous les pays affectés soient compensés de manière juste et adéquate. Ceci comprend la promotion de l'accès universel à la compensation sous forme de dommages intérêts pour les victimes dans les cas d'antitrust privé, ainsi qu'une attention particulière pour rendre justice aux pays en voie de développement qui n'ont pas un régime de la concurrence fonctionnel pour les cas d'antitrust publique.

Notamment, une distribution inéquitable des amendes et des intérêts prélevés sur les cartels internationaux entre les pays développés et en voie de développement accentue les déséquilibres et contribue à l'élargissement du fossé Nord-Sud. Par conséquent, les gouvernements nationaux devraient manifester leurs engagements de diminuer les inégalités dans la distribution des indemnités de dommages et intérêts en adoptant les dispositions légales qui s'imposent.

Le déficit actuel.

Pour combattre les pratiques internationales anticoncurrentielles, et surtout les cartels, une vue globale au lieu d'une conception limitée de la justice au territoire nationale est indispensable. C'est pourquoi l'idée d'un Fond International pour la Concurrence ne doit pas être rejetée à cause d'obstacles pratiques telle que l'absence de mandat légal.

Beaucoup d'effets négatifs des cartels internationaux sont non-compensés et les sociétés et les économies locales doivent souvent absorber cette perte. Par exemple, les surcharges estimées sur les importations de vitamines de 1990 à 1999 pour 69 pays en voie de développement étaient de \$US1271,51 millions. En outre, lorsqu'un procès de concurrence internationale est ouvert dans une juridiction particulière, le processus de dédommagement ne s'applique pas aux consommateurs non-résidents, sauf si un mécanisme de compensation internationale est mis en place. Cette situation est évidemment injuste, incompatible avec l'idée de justice naturelle, et en désaccord avec les principes de promotion du développement internationale selon les Objectifs Millénaires pour le Développement.

Les objectifs de développement du Millénaire

Selon la Déclaration du Millénaire des Nations Unies, les nations du monde doivent partager la responsabilité de la gestion du développement social et économique global. Aucun individu et aucune nation ne peut refuser l'opportunité de bénéficier du développement. De plus,

les principes de solidarité requièrent que les défis mondiaux soient gérés de façon à distribuer les coûts équitablement, conformément aux principes élémentaires d'équité et de justice sociale. Ceux qui souffrent ou qui bénéficient le moins méritent d'être aidés par ceux qui bénéficient le plus.

Même si la communauté internationale est engagée à la création, aussi bien au niveau national qu'international, d'un environnement propice au développement et à l'élimination de la pauvreté, l'atteinte de ces objectifs dépend de divers facteurs internes et externes. La Déclaration du Millénaire exprime des valeurs partagées et un engagement général envers des systèmes d'échanges et financiers multilatéraux ouverts, équitables, régulés, prévisibles et non-discriminatoires. Ayant pour but de réduire les inégalités lors du versement des dommages intérêts prélevés sur les cartels internationaux, l'objectif et le fonctionnement suggérés du Fond International pour la Concurrence reflètent les objectifs de développement du Millénaire

Les avantages de l'établissement du Fond.

La bataille contre les pratiques anticoncurrentielles internationales (PACIs) ne peut évidemment pas être menée individuellement par chaque nation. Un partenariat international contre les PACIs mettant l'accent sur le renforcement des régimes de concurrence au sein des pays en voie de développement présenterait les avantages suivant :

- Une rigueur accrue dans la mise en application des lois de la concurrence à travers le monde.
- Une contribution directe au développement des régions affectées.
- Un effet dissuasif et une punition des comportements anticoncurrentiels au-delà des frontières.
- Un bénéfice pour les groupes désavantagés grâce à l'allocation d'indemnités ou de pénalités.

Comité Positif

Lors de procès antitrust, les organismes de la concurrence prennent en considération l'avis d'un comité international. Ce comité reflète le concept général du respect entre nations souveraines, et a une voix dans la détermination de la « reconnaissance qu'une nation autorise à l'intérieur de son territoire quant aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation. »

Donc, lorsqu'un organisme gouvernemental cherche à déterminer un recours particulier dans un cas donné, chaque agence doit prendre en compte les intérêts significativement affectés d'autres états souverains. De plus, selon beaucoup d'accords de coopération antitrust, par exemple celui entre l'EU et les États-Unis, une autorité antitrust peut demander à l'autre de prendre des mesures contre des activités qui violent les lois concurrentielles de cette dernière et qui cause un préjudice au commerce du pays de la requête.

Les pratiques anticoncurrentielles qui nuisent à l'économie mondiale ne seront probablement pas amenées devant la justice et adéquatement remédiés dans les juridictions des pays en voie de développement, étant donné le manque d'efficacité de la mise en vigueur étrangère. Ces faits doivent être pris en compte lors de considérations visant à déterminer le montant des dommages-intérêts.

Les autorités chargées de réguler la concurrence devraient, conformément aux principes de comité et des obligations découlant de divers traités internationaux, prendre en compte les aspects liés au développement international affecté par les pratiques anticoncurrentielles avant de prendre une décision concernant le montant des amendes. Les agences pourraient consulter les gouvernements étrangers pour que l'amende prélevée reflète le préjudice substantiel et intentionnel causé aux économies par les cartels internationaux. De plus, le versement de compensation pécuniaire par les malfaiteurs pour les dommages infligés aux pays en voie de développement, ou la confession par l'entreprise en question, que les autorités d'un pays émergent pourraient utiliser pour obtenir gain de cause localement, devrait être une pré-condition à tout accord.

La réforme et un mécanisme viable.

Une étape décisive pour remédier à la situation serait la création d'un Fond International pour la Concurrence. La logique derrière cette instauration ne repose pas seulement sur la promotion de la réforme politique, légale et institutionnelle pour éviter une plus grande marginalisation et exclusion de certains groupes et de certaines régions, mais aussi la dissuasion des PACIs à travers le monde. De plus, il est nécessaire de donner une perspective internationale aux amendes antitrust et à l'allocation des dommages intérêts, ainsi que d'assurer la protection des droits des consommateurs.

La communauté internationale est la mieux placée pour créer un climat international propice et pour persuader les corps législatifs à amender leurs lois nationales respectives, permettant ainsi le règlement des amendes (et le transfert de dommages accordés résultant des actions collectives) au Fond International pour la Concurrence. Sous leurs hospices, une directive pourrait être rédigée afin de fixer un point de départ pour les réformes envisagés. Par la suite, des directives internationales et des recommandations pourraient inviter les corps législatifs nationaux à adopter, en accord avec les principes convenus, des mesures législatives pour la détermination des amendes et des dommages intérêts des procès antitrust internationaux ainsi que la distribution des fonds collectés.

Les sources de financement du Fond.

Le Fond serait essentiellement financé par les amendes prélevées pendant les procès inculpant les cartels internationaux. De plus, des sommes d'argent pourraient être des contributions volontaires ou obligatoires de la part des malfaiteurs en tant que règlement des condamnations de cartels. Les deux options sont explorées ci-dessous pour une plus ample réflexion et pour une éventuelle action.

a) La responsabilité civile

La responsabilité civile permet la compensation d'une atteinte aux droits individuels causée par des comportements anticoncurrentiels. Une telle action juridique complète les actions juridiques publiques en fournissant des sanctions financières additionnelles à l'encontre du contrefacteur, ainsi que des compensations pour ceux qui ont subi des pertes. Les effets sont donc compensatoires et dissuasifs à la fois.

Les recours collectifs

Les consommateurs victimes de cartels sont nombreux et il est impossible de tous les identifier. Le recours collectif est une procédure par laquelle des individus ou des entités peuvent chercher à obtenir des dédommagements pour les comptes de tous les autres requérants. Ils existent à cause du fait qu'il est plus facile de regrouper les dommages pour un groupe de consommateurs que d'initier des actions en responsabilité civile individuellement contre des cartels ou des monopolistes quand les dommages causés individuellement sont négligeables.

Bien que les dommages pécuniaires et les procédures de recours collectif soient en train de devenir la norme dans beaucoup de juridictions, seulement treize des 30 pays de l'OCDE ont des procédures de recours collectifs. Dans les pays en voie de développement, des pays comme l'Inde les fournissent aussi. Il y a donc un besoin pour des procédures spéciales qui facilitent les recours collectifs pour protéger les intérêts des consommateurs à travers le monde. Peut-être qu'un nouvel instrument tel qu'un recours collectif antitrust international qui pourrait être poursuivi au nom des consommateurs non-résidents, pourrait aider à combattre les cartels internationaux. De plus, les victimes pourraient entamer des recours collectifs soit directement soit via des organisations de consommateurs pour éviter les procès abusifs.

Dommmages non réclamés : Les allocations *Cy Pres*

Certains pays ont conçu un mécanisme pour traiter les dédommagements monétaires dans les cas où les victimes sont nombreuses et ne peuvent être identifiées. Dans ces cas, les tribunaux stipulent souvent que les dédommagements doivent être utilisés pour des activités d'intérêt public.

Aux États-Unis, les dédommagements accordés et non réclamés issus des règlements des recours collectifs antitrust sont mis dans un fond qui est utilisé seulement pour des activités étroitement liées à la nature du procès; la recherche et l'éducation sur les affaires concurrentielles dans notre cas. Cette utilisation créative des ressources se nomme la doctrine « *Cy pres* », ce qui veut dire « l'usage le plus proche à l'usage stipulé. » Cette pratique permet d'utiliser les dédommagements payés par le contrevenant quand les victimes ne peuvent être identifiées et compensées. Par exemple, la faculté de droit de l'université Georges Washington a reçu 5 millions de dollars après un jugement contre une entreprise de produits chimiques.

Le cas mentionné ci-dessus était d'ordre national. Cependant, dans les cas concernant les cartels internationaux, les sommes d'argent attribuées sont généralement confinées à une juridiction, parce que les lois nationales s'arrêtent aux frontières. Les consommateurs des pays en voie de développement ne peuvent réclamer une compensation parce qu'ils n'ont pas de *locus standi*. De plus, ils ne peuvent même pas les poursuivre dans leurs propres juridictions car les autorités de la concurrence sont le plus souvent non-existantes ou peu efficaces.

La création du Fond International pour la Concurrence devrait remédier à la situation en donnant l'opportunité à la justice de prendre en compte le tort causé par les cartels au niveau international. Les condamnations

seront ainsi fixées proportionnellement à celui-ci, et un montant sera attribué au FIC pour le renforcement de la politique concurrentielle dans le monde.

Un argument logique pour la création du Fond International pour la Concurrence pourrait être formulé sur la base du raisonnement économique exprimé lors du procès S.A. v. F. Hoffman-Laroche aux États-Unis; même s'il a été annulée par la Cour Suprême. Il faut cependant noter que la décision de la Cour Suprême fut volontairement limitée à la situation spécifique de « l'effet étranger indépendant », parce que le cas impliquait des questions complexes de politique, qui sont mieux abordées par les branches politiques que judiciaires.

b) Le « public enforcement »

Comparée aux actions privées, cette mesure est de nature plus stratégique et sélective. C'est pourquoi les états devraient avoir les moyens de s'assurer que les cartels internationaux sont bel et bien privés de leurs butins. Cela peut être atteint en adoptant des règles spéciales pour recourir aux procès de cartels internationaux qui considéreraient le mal causé à l'économie mondiale en tant que facteur aggravant. Le résultat de cette règle serait une augmentation du montant de la pénalité.

Dans de tels cas, les amendes prélevées sur les cartels internationaux ne devraient pas être placées dans les trésoreries des pays où le procès prend place, comme est le cas en ce moment. Une partie juste, reflétant les rétributions contre le préjudice causé à l'économie mondiale, devrait être utilisée pour le développement international, et plus spécifiquement dans le domaine de la loi de la concurrence.

Permettre aux autorités nationales chargées de la concurrence d'attribuer une certaine portion des amendes prélevées sur les cartels internationaux par le Fond International pour la Concurrence facilitera l'utilisation de ces ressources pour le renforcement de la politique de concurrence dans les pays en voie de développement. Les fonds pourraient être attribués au secteur dans lequel l'infraction s'est manifestée.

La Gestion du Fond

Des contrôles rigoureux devraient être en place pour s'assurer que les fonds collectés soient dépensés de manière efficace et responsable pour construire les politiques de concurrence des pays en voie de développement. En l'absence d'une autorité de la concurrence internationale spécialisée et étant donné la complémentarité des politiques commerciales et concurrentielles, l'OMC pourrait convenir comme hospice pour le Fond International pour la Concurrence. L'OMC a l'avantage d'un nombre élevé d'adhérents et une tradition de mettre en application des règles

obligatoires. Alternativement, l'OCDE ou la Banque Mondiale pourraient héberger et surveiller l'administration du FIC.

Étant donné que la logique derrière la création du FIC relève plus de la prévention que de la guérison, le Fond sera utilisé pour aider les pays, surtout en voie de développement, pour établir des mécanismes de mise en application des lois au niveau domestique. Il aiderait aussi à combler le fossé qui sépare les pays développés et ceux en voie de développement, renforcerait la coopération entre eux, et aiderait à mieux adresser les pratiques anti-compétitives au niveau international. En bref, le FIC fournirait une assistance renforcée, adéquate, et disposant des ressources nécessaires pour répondre aux besoins spécifiques.

De plus, un tel partenariat international pourrait mener au développement d'un organisme de renforcement des capacités mondial associé avec des questions de la concurrence. Un bien public global tel que celui-ci pourrait être utilisé pour la formation des professionnels dans le domaine de la concurrence du monde entier et pour constituer une plate-forme pour l'interaction entre les autorités chargées de la concurrence et les consommateurs à travers le monde. Ainsi, la duplication futile des infrastructures de formation serait évitée, des externalités de réseau générées, et des économies d'échelles en termes de renforcement des capacités réalisées grâce aux grandes magnitudes de financement recrutées collectivement.

Conclusion

Il est toujours plus facile de s'entendre sur la définition du problème que de prendre action pour y remédier au niveau international. Cependant, améliorer l'efficacité et l'équité économique sont deux principes qui peuvent paver le chemin vers des lois concernant le développement international. Le concept d'un Fond International pour la Concurrence est basé sur ce principe d'équité. Bien que son implémentation représente un défi à relever, celui-ci n'est pas de plus ample envergure que bien d'autres pour lesquels une solution a été trouvée. L'inertie n'aide pas ceux qui sont touchés par les pratiques anticoncurrentielles, et ne renforce pas l'économie mondiale. La création du CIF contribuerait à la propagation d'une culture de la concurrence, améliorant le potentiel développemental de la mondialisation, et disciplinant les pratiques anticoncurrentielles dans les marchés mondiaux.

L'esprit d'un partenariat Nord-Sud fait que la prise en compte des dégâts causés par les cartels internationaux par la communauté internationale est une obligation morale. Pour cette raison, tous les acteurs mondiaux devraient développer une approche globale pour résoudre le problème.



International Network of Civil Society Organisations on Competition is an international network of over 120 members from CSOs, research institutions and parliamentarians spread in 53 countries of the world engaged in promoting a healthy competition culture across the globe.

Comments are invited at: incsoc@incsoc.net