

HISTOIRE CRITIQUE DES MONOPOLES

UNE PERSPECTIVE JURIDIQUE
ET ÉCONOMIQUE

Calixto SALOMAO FILHO

L.G.D.J

lextenso éditions

Chapitre 3

Internationalisation des relations économiques et internationalisation des monopoles

SECTION 1

L'INTERNATIONALISATION DES RELATIONS ÉCONOMIQUES ET SES EFFETS SUR LES PAYS EN VOIE DE DÉVELOPPEMENT

À partir des années 1990, les relations économiques se modifient considérablement.

Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, l'industrialisation des pays d'Amérique latine et d'Asie n'a pas modifié la configuration économique interne de ces sociétés. Par conséquent, dans les deux régions (et parfois pour des raisons différentes), le processus d'industrialisation est responsable du maintien et même de l'augmentation de la dépendance externe. On peut citer comme exemple la politique de croissance à travers la substitution des produits d'importations en Amérique latine (cf. *supra* chap. 2, Section 1, §2).

Il n'est donc pas surprenant que, parallèlement à la croissance économique, l'endettement externe de ces pays de 1950 à 1970 ait considérablement augmenté. Au lieu de diminuer, la dépendance macroéconomique entre ces systèmes et le monde développé s'est aggravée.

Les conséquences ont été immédiates. Face à la grande crise inflationniste américaine des années 1970, la réponse macroéconomique qui fut adoptée a eu des effets directs et importants sur les économies en développement. Avec l'augmentation des taux d'intérêts pratiqués à partir de 1979 par la FED nord-

américaine, le service de la dette devient insoutenable pour une grande partie des pays en voie de développement de l'hémisphère Sud¹.

Il en résulte immédiatement une réduction, voire une quasi-disparition de la capacité de croissance de ces pays, entraînant ainsi dans la décennie de 1980 une période de croissance nulle ou négative dans lesdites régions. En outre, à moyen terme, les conséquences sont encore plus graves. Les États, dévastés et épuisés par le service de la dette, doivent concentrer leurs efforts économiques sur les exportations afin d'augmenter leurs réserves de dollars.

Ces événements ne sont pas à eux seuls à l'origine de la libéralisation économique réalisée dans ces pays à partir des années 1990. Comme pour les périodes précédentes, la dépendance économique est plus assurée par les structures économiques internes de ces régions, enracinées depuis l'époque coloniale, que par des éléments conjoncturels. Ainsi, la crise devient très importante lorsque le modèle de substitution des produits d'importation ou de croissance industrielle fondée sur la grande industrie et sur la diversification industrielle produit ses effets macro-économiques. L'asphyxie économique produite par la concentration industrielle et par l'insuffisance de la demande interne, ainsi que l'absence d'un parc industriel varié et créatif contribuent à la spirale inflationniste de la plupart de ces pays.

Face à l'absence de volonté de modifier les structures économiques internes, la seule solution est l'ouverture complète des économies à des investissements étrangers. Ce processus favorise dans un premier temps les exportations de *commodities* et crée des flux de produits industriels sur le marché interne, nécessaires pour réduire les pressions inflationnistes créées par les structures économiques. Mais, comme on le verra, les intérêts dominants concernés par le processus d'internationalisation économique sont bien différents de ceux des pays en voie de développement.

SECTION 2

LES NOUVELLES STRUCTURES DU MARCHÉ

Le temps permet de décanter les idées pour définir les concepts. Il n'y a aujourd'hui plus de doute en historiographie économique sur l'identification des intérêts concernés par l'exploitation coloniale. Comme nous l'avons déjà étudié dans le chapitre 1, il n'existe plus de controverses sur la question du besoin du capitalisme colonial de chercher des nouveaux produits et des matières premières, à l'instar du débat concernant l'époque industrielle lorsqu'il était question de chercher des marchés pour les produits industrialisés.

1. Pour une description des effets de la doctrine Volcker appliquée par la Banque centrale nord-américaine (FED) à partir d'août 1979 aux pays asiatiques et latino-américains, cf. J. Frieden, *Global capitalism — its fall and its rise in the twentieth century*, New York, Norton & Company, 2006, pp. 372 et ss.

Bien que les débats sur les effets économiques de l'internationalisation de l'économie soient dépassés, il paraît de plus en plus clair, vingt ans après son établissement, que l'internationalisation économique répond à une politique d'extension des frontières du capitalisme.

Aucun phénomène d'internationalisation (ou de globalisation) ne peut être réellement compris sans l'appréciation de la progression des structures monopolistiques et des marchés. En réalité, l'histoire récente du capitalisme montre que, du point de vue des entreprises engagées dans le processus de production de biens et de services, la progression géographique des marchés est nécessaire. Les profits tendent à décroître au cours du temps dans les régions développées industriellement et technologiquement, en raison de la concurrence entre les entreprises. Il faut alors chercher de nouveaux marchés où la concurrence n'est pas aussi intense et où des profits monopolistes peuvent être réalisés.

En outre, la recherche effrénée de nouveaux marchés se justifie par la volonté de réduire les coûts de production. La production dans les pays où le coût de la main-d'œuvre est faible représente un attrait constant et est en bonne partie responsable de la délocalisation des unités industrielles des entreprises multinationales vers les pays moins développés de l'hémisphère Sud. Comme on le verra, cette circonstance est l'une des causes de l'augmentation du taux de chômage dans les pays développés.

Cette tendance naturelle à l'expansion régionale s'explique par l'histoire de l'évolution de la concentration économique. Il est possible de reconstituer les raisons historiques des phases successives de fusions et d'acquisitions des sociétés par rapport à la nécessité de chercher de nouveaux marchés géographiques. Ainsi, par exemple aux États-Unis, les premières fusions et acquisitions, entre 1897 et 1904, s'expliquent par le besoin de développer la base industrielle de l'époque, en dehors des marchés locaux et régionaux, sur le marché national. Ensuite, à partir des années 1920, on observe des fusions et acquisitions entre des sociétés américaines et britanniques dans des étapes successives, répondant à des besoins d'expansion géographique de plus en plus transnationale de différents types d'industries ayant besoin d'améliorer leur productivité².

Les mouvements corrélés d'internationalisation et de monopolisation progressive du système économique ont des conséquences sur la configuration économique aussi bien des pays développés que des sous-développés. Ces conséquences ne sont pas négligeables et sont en grande partie responsables des crises cycliques de plus en plus graves qui concernent l'économie internationale.

La première de ces conséquences concerne surtout les pays en voie de développement ou sous-développés. Il s'agit de la perte de la « nationalité économique ». Cette idée de nationalité économique est proposée, dès le début, par des écono-

2. Pour une description et des données chiffrées de cette relation entre les fusions-acquisitions et l'expansion géographique des grandes entreprises, cf. B. Milward, *Globalization? Internationalization and monopoly capitalism*, Cheltenham, Northampton, Elgar, 2003, pp. 42 et ss., spéc. la section « the history of mergers and take overs »).

mistes français' pour déterminer l'ensemble des caractéristiques particulières des relations économiques, d'une part, entre des particuliers, et d'autre part, entre ces derniers et l'État dans l'histoire économique de chaque pays, permettant un développement interne. Les relations économiques et sociales se confondent, ce qui rend cet espace économique distinct, alors que ces caractéristiques sont indispensables à l'élaboration d'un projet de développement indépendant.

Cependant, le processus d'internationalisation économique a pour effet direct de faire perdre complètement cet élément de nationalité économique. Il ne doit plus exister de caractéristiques particulières, économiques ou juridiques, dans le processus économique. Il ne doit plus exister de projet différent de développement, mais uniquement un projet directement en rapport avec l'insertion sur le marché international. En outre, il ne doit plus exister de modèle juridique différent, mais seulement un modèle lié au processus d'internationalisation des marchés. En d'autres termes, la direction et le contrôle du processus de développement ou de sous-développement ne sont plus de la compétence de la sphère nationale. Par ailleurs, la gestion de ce processus économique n'est pas transférée à n'importe quelle entité dotée d'une certaine particularité, mais à l'ensemble des agents qui composent le marché international³. Cette situation marque le début des grandes crises des marchés financiers mondiaux de la seconde moitié des années 1990 et du début du XXI^e siècle.

La deuxième grande conséquence, peut-être plus importante que la première — car elle est directement liée au transfert des entreprises multinationales vers des lieux où le coût de production est moindre — est la dimension internationale du chômage et du sous-emploi. Dans les pays développés, le chômage s'explique par la substitution d'industries de travail intensif par des industries de capital intensif et par la délocalisation. Dans les pays sous-développés, c'est l'introduction de technologies de production capables de diminuer au maximum l'utilisation de la main-d'œuvre qui est à l'origine du chômage. Comme on le verra, c'est une conséquence directe de la structure monopoliste qui existait dans les anciennes colonies et qui sera renforcée par le phénomène d'internationalisation.

Ce chômage structurel n'a pas seulement des effets sociaux (l'exclusion), il a également des effets économiques. La disproportion entre l'offre, qui est en constante progression et de plus en plus complexe, et la demande, qui est de plus en plus limitée, à cause de ces mouvements d'exclusion, caractérise notre époque. Les phénomènes de crises de plus en plus graves et de stagnation économique représentent un risque réel désormais.

La modification du fonctionnement de l'activité économique favorisée par l'industrialisation concerne aussi les économies des anciennes colonies.

3. Le concept a d'abord été proposé par F. Perroux, *Le capitalisme*, Paris, PUF, 1962, pp. 125 et ss., puis approfondi par S. Latouche, *Les dangers du marché planétaire*, Paris, Presse de la FNSP, 1998, pp. 46 et ss.

4. Certains chiffres sur la participation des multinationales dans l'activité économique internationale permettent de préciser cette idée : à la fin de 2005, les ventes des filiales multinationales représentaient 10 % du PIB de la planète (contre 7 % en 1990) et trois fois et demie le niveau des exportations mondiales. Sur ce chiffre, cf. C. Chavagneux, « Les acteurs de la mondialisation », *Les enjeux de la mondialisation*, Paris, La Découverte, 2007, pp. 38 et ss.

Ces modifications favorisent le développement des structures concentrées qui existaient déjà auparavant. À l'économie primaire fondée sur l'exportation concentrée de quelques conglomerats, s'ajoutent d'autres monopoles, des entreprises internationales qui délocalisent leur production.

En outre, il y a des conséquences plus graves. Le réseau de protection sociale, traditionnellement garanti dans ces pays par la prestation de services publics de l'État, disparaît rapidement au profit de prestataires privés (en règle générale étrangers) en régime de monopole. C'est la conséquence du processus de privatisation des services publics. En Amérique latine, ce processus a des aspects plutôt négatifs. Comme nous l'avons déjà mentionné, la crise de la dette explique en partie la libéralisation économique désordonnée des années 1990. Dans ce contexte, l'objectif de la privatisation des services publics en Amérique latine est destiné (mais souvent sans succès) à diminuer les déséquilibres budgétaires de l'État.

Les privatisations sont alors considérées comme la meilleure solution, de sorte qu'il faut vendre les entreprises au meilleur prix. Cela signifie, le plus souvent, vendre des entreprises monopolistes sans créer de cadre réglementaire et légal offrant des alternatives aux usagers ou même sans instaurer de limites à l'activité de monopole⁵.

La conséquence est que le système économique reste dépendant des structures monopolistiques, dont les activités concernent des secteurs socialement sensibles comme les services publics sociaux.

La situation présentée dans les chapitres 1 et 2 sur les trois drainages de l'économie des pays en voie de développement ou sous-développés à l'époque coloniale ou celle de l'industrialisation devient plus complexe. Il convient donc d'étudier de manière schématique les effets de la structuration monopoliste de l'activité économique autour des trois objets traditionnels de drainage des ressources monopolistes : le marché de la consommation, le marché du travail et les autres secteurs économiques.

§1. Monopoles technologiques, contrôle de l'information et consommation

C'est sur le marché de la consommation que se produit l'une des plus importantes modifications impactant le fonctionnement du système économique.

La théorie néoclassique de domination du marché par le contrôle de l'offre des produits, c'est-à-dire selon laquelle il y a concentration économique selon qu'il y ait ou non un seul producteur dominant tous les produits éventuellement de subs-

5. Cette situation existe au niveau international dans des secteurs comme celui des télécommunications ou de l'énergie : dans le premier, rien n'a été véritablement fait pour lutter de manière efficace contre la concentration du pouvoir économique ; dans le second, la déréglementation n'a pas été suivie par la mise en place d'une régulation adaptée. Ces deux secteurs se caractérisent par une action publique insuffisante de lutte contre les structures concentrées de pouvoir économique.

titution, ne s'applique pas à une économie de haute technologie. Le contrôle de l'information est beaucoup plus important que celui de l'offre.

En réalité, si les informations sont contrôlées, il n'est pas nécessaire de contrôler l'offre. L'information est un préalable à la décision sur les variables du marché et non le contraire. C'est pourquoi une forme nouvelle et importante de structure monopoliste, caractéristique de la fin du ^{xx} siècle, est celle qui vise au contrôle de l'information.

Par ailleurs, l'information est un élément qui s'approprie et s'exploite assez facilement. Sa diffusion publique s'effectue de façon inégale selon les agents économiques. Lorsque ces derniers arrivent à limiter le choix des consommateurs, ils s'approprient des informations. La diffusion inégale qui en résulte garantit aux détenteurs d'informations un pouvoir important.

Ce pouvoir se manifeste de différentes manières et pas seulement par une économie de pénurie. En réalité, comme George Akerloff l'a démontré⁶, le défaut d'informations peut même conduire à la disparition du marché. Par conséquent, il est très important d'étudier les structures capables de capturer et de concentrer des informations, puisqu'elles constituent un risque pour les consommateurs.

Un exemple intéressant de « structure monopolistique moderne » fondée sur la concentration d'informations sont les conglomerats verticalement intégrés. Dans tous les systèmes juridiques, ces structures peuvent se constituer librement dans les années 1990 du fait de la réglementation antitrust favorable à ce type de structure. En effet, l'analyse antitrust actuelle est relativement limitée en matière de concentrations verticales. Il n'existe pas de critères précis permettant de déterminer quelles sont les concentrations qui doivent être soumises à un contrôle (les critères néoclassiques portant sur la définition de marché conduisent à mesurer le pouvoir horizontal). Quant aux critères de sanction, l'idée qui prévaut encore aujourd'hui (directement inspirée de l'École de Chicago) est que seules les concentrations verticales qui ont un effet horizontal peuvent être punies.

Or, de telles analyses ne tiennent pas compte du fait que les concentrations verticales ne produisent pas directement tant d'effets sur l'offre, ou la demande mais plutôt sur le niveau d'informations. Les coûts de transaction engendrent en réalité un résultat informationnel qui ne doit pas être négligé. Les conflits entre agents économiques d'une même chaîne productive sont une source importante d'informations pour les consommateurs. L'élimination des coûts de transaction a pour effet secondaire de limiter les informations concernant d'innombrables facteurs importants pour la concurrence comme l'économie de pénurie, le point d'équilibre, la qualité du produit, la structure des coûts, etc.

À cela s'ajoute un autre type de structure, notamment sur le marché des nouvelles technologies (internet, téléphonie, etc.). Il s'agit des monopoles technologiques. À l'instar de la concentration verticale, ces monopoles permettent, dans de nombreux cas, une forte concentration d'informations.

6. G. Akerloff, « The market for lemons : quality uncertainty and the market mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84 (1970), pp. 488 et ss.

Ces monopoles se fondent sur la détention et sur l'amélioration des technologies qui permettent la création de réseaux et la réalisation d'économies d'échelle. Les réseaux et économies d'échelle profitent au consommateur. L'investissement dans la création de technologies qui visent à rendre incompatible un réseau avec d'autres systèmes ou d'autres réseaux supprime toute option. Face à l'impossibilité d'utiliser un produit alternatif au réseau dominant, le consommateur ne peut pas disposer d'informations suffisantes pour faire éventuellement d'autres choix. Il s'agit de la technique dite de limitation des informations, très utilisée au niveau international ces dernières décennies, surtout par les industries du logiciel⁷.

Le monopole a ici deux effets négatifs : il limite l'information et favorise l'investissement technologique dans la création d'incompatibilités⁸ et non vers une amélioration réelle pour le consommateur⁹.

7. Le comportement de *Microsoft* illustre cette situation. La pratique consistant à créer des incompatibilités techniques entre ses produits et les systèmes d'exploitation concurrentiels en est un exemple intéressant. Cette pratique repose sur la logique suivante : dans la mesure où rien ne garantit que les logiciels d'application fonctionnent aussi bien avec les systèmes d'exploitation de *Microsoft* qu'avec d'autres produits, le consommateur préfère utiliser le logiciel compatible avec le système d'exploitation le plus courant, car son utilité est garantie. Par exemple, un traitement de texte incompatible avec *Word* a très peu d'utilité aujourd'hui. Aux États-Unis, le Département de Justice a décidé en juillet 1994 d'introduire une action civile pour sanctionner les CPU *license* et la pratique développée par *Microsoft* consistant à exiger des fabricants d'ordinateurs qu'ils acquièrent avec leur système d'exploitation d'autres systèmes d'exploitation ou d'autres applications créées par *Microsoft*. En juillet 1995, la Cour s'est prononcée en faveur du Département de Justice. La création d'incompatibilités s'est néanmoins reproduite lorsque *Microsoft* a commencé à développer des produits pour Internet, selon une technologie particulière afin d'éviter que ses produits perdent leur originalité. Une importante stratégie prédatrice contre *Netscape Navigator* a alors été mise en œuvre. Dans un premier temps, *Windows 95* était vendu avec son *browser Microsoft Explorer*, ce dernier était offert de façon gratuite. Parallèlement, un nouveau programme a été créé : *Windows 98*. Les spécialistes en ce domaine s'accordent pour affirmer que *Windows 98* n'a apporté pratiquement aucune innovation ou amélioration technologique significative par rapport à *Windows 95*. Il a néanmoins apporté un changement très important du point de vue concurrentiel. Désormais, le logiciel d'accès fait partie intégrante du système d'exploitation, et ne peut donc être séparé physiquement ou techniquement. L'utilisation du *Navigator* est en outre impossible. Les défenseurs de *Microsoft*, inspirés par les théories néoclassiques concernant la vente liée, prétendaient que dans cette situation, le lien entre *Windows 98* et *Explorer* n'était pas illégal (cf. G. Priest, « A case built on wild speculation, dubious theories », *The Wall Street Journal*, 19/05/98, p. A22). Or, ce point de vue est très critiquable. En effet, la prédation peut être ici mise en évidence dans la mesure où *Microsoft* a engagé des dépenses importantes pour développer un programme qui n'apporte aucune innovation pour le consommateur (*Windows 98*), qui doit alors être vendu au même prix ou même en dessous du prix du programme précédent (*Windows 95*). Ce comportement a permis d'éliminer le concurrent du marché : alors qu'en 1995 *Navigator* disposait de plus de 70 % du marché, il est descendu à moins de 40 %, tandis que *Internet Explorer* détenait 60 % du marché. Les externalités directes et indirectes du système d'exploitation *Microsoft* permettent d'éliminer le concurrent du marché, ce qui caractérise une intention illicite. En septembre 2007, le Tribunal de première instance de la Commission européenne a confirmé une décision de 2003 qui indiquait que *Microsoft* devait divulguer les informations nécessaires permettant aux systèmes d'exploitation concurrents d'interagir complètement avec les desktops et les serveurs de *Windows*. En outre, en janvier 2008, la Commission européenne a ouvert deux enquêtes formelles pour sanctionner les abus de position dominante de *Microsoft*, consistant aussi à lier illégalement la vente du navigateur *Internet Explorer* à celle du système d'exploitation *Windows*. Cf. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/19&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

8. La situation actuelle des monopoles technologiques, qui investissent surtout dans la création d'incompatibilités et de barrières pour les concurrents et ne visent pas prioritairement l'amélioration du produit pour les consommateurs, est un élément qui va à l'encontre de la thèse schumpétérienne concernant la relation entre le monopole et le développement technologique. De nos jours, le monopole et la technologie défensive sont la règle (cf. note 7 du présent chap. et note 24 de l'introduction).

9. Cf. note 25 de l'introduction.

On peut aisément conclure qu'un tel contrôle de l'information ne peut que créer artificiellement des besoins nouveaux pour le consommateur. Cette situation est caractéristique de la consommation actuelle.

En réalité, la consommation n'est pas un produit exclusif de l'époque actuelle. Elle existe depuis l'introduction du rationalisme scientifique. Comme Marcuse le démontre dans son analyse sur les effets de la rationalité scientifique et du processus technologique sur la perception humaine de la réalité, le processus productif devient le moteur effectif du raisonnement et de l'action¹⁰. L'action et la pensée personnelle sont substituées par la logique et la rationalité du processus productif. Dans ce transfert, le processus productif finit aussi par assumer un rôle d'agent moral. C'est pourquoi on tente d'expliquer le droit et les sciences sociales à partir de déterminants économiques.

L'esprit heureux et tranquille qui émerge alors à ce moment (*Happy Consciousness*) provoque une admiration envers le processus productif et le besoin relatif de biens qui en découle. C'est à ce moment que le consumérisme apparaît. L'absence d'esprit critique envers le système engendre un enthousiasme instinctif envers ses produits. Le consumérisme est ainsi lié à l'idéal rationnel et technologique de la Révolution industrielle.

Avec le processus de concentration de l'information et d'internationalisation de la fin du xx^e siècle, le consumérisme se caractérise par de nouvelles formes. Celui qui ne possède pas de biens est victime d'exclusion. Pour atteindre le bonheur, l'homme « unidimensionnel » (pour reprendre l'expression de Marcuse) doit nécessairement avoir le sentiment de faire partie du processus rationnel et technologique de production. En présence d'innovations technologiques qualifiées chacune à leur tour de révolutionnaires et détruisant les technologies anciennes, l'individu, en l'absence d'information ou d'alternative qui pourraient lui donner un minimum de conscience critique, se sent obligé de consommer, la consommation assurant un lien avec le processus et le sentiment de ne pas être exclu.

L'idée de consommation en tant qu'élément d'insertion sociale et de nécessité rationnelle introduit alors un élément nouveau. Elle a un impact considérable sur le maintien du niveau de la demande et sur l'augmentation de la production, surtout en ce qui concerne les biens très sophistiqués visant la parcelle de la population incluse dans le processus de production. Mais des effets négatifs existent.

D'une part, le consumérisme excessif crée, surtout dans les économies en voie de développement, une croissance fondée sur des biens de consommation. L'augmentation des besoins (du fait du contrôle des informations existantes) et le défaut de structures industrielles et de services diversifiés (cf. chap. 2) vont entraîner la concentration d'une bonne partie des facteurs de production sur la fabrication de biens de consommation, ou plus précisément sur cette parcelle de biens de consommation qui satisfont aux besoins réels et potentiels de la demande (qui comme on le verra, ne concerne pas toute la population). On voit apparaître un

10. Cf. H. Marcuse, *One dimensional man — studies in the ideology of advanced industrial societies*, Boston, Beacon Press, 1964, pp. 78 et ss.

aspect non productiviste¹¹ et consumériste de l'activité économique. Cet aspect favorise, d'une part, le fait de dépendre de capitaux internationaux et limite, d'autre part, la création d'un parc industriel interne diversifié.

Il existe par ailleurs une autre conséquence : la création artificielle de besoins nouveaux et l'esprit consumériste augmentent le niveau de la consommation somptuaire. L'environnement, qui est une ressource de plus en plus rare, subit les conséquences de la consommation effrénée et inutile de la société moderne.

Il s'agit du phénomène de l'hyperconsommation, caractéristique des sociétés actuelles. La consommation, détachée de la demande de consommation collective par classe, caractéristique des sociétés des années 1950 et 1960, devient un acte de satisfaction individuelle. Telle quelle, elle est plus sensible à la domination et à l'influence. L'idée de satisfaction de goûts personnels isole l'individu au sein du processus de production. La satisfaction ou l'insatisfaction personnelle engendrent la consommation. L'identité des produits offerts, leur qualité et leur nécessité réelle sont déterminées par des facteurs (de la production monopoliste) étrangers à l'homme et à propos desquels il n'a peut-être même pas d'informations. L'individu, considéré socialement plus autonome à la fin du xx^e siècle et du début du xxi^e siècle, est assujéti à de nouvelles formes de servitude, notamment celle du monde marchand pour la satisfaction de ses besoins, y compris psychologiques¹².

Cet individu, isolé et hyper-consumériste, est dépendant des déterminismes marchands, des goûts et des volontés créés par les structures concentrant les informations. Ainsi, dans le droit fil de leur mission, les monopoles favorisent de nos jours la société de l'hyperconsommation. L'existence de produits superflus constamment modifiés sans pour autant améliorer leur utilité réelle est la garantie de la continuité du système économique fondé sur des monopoles technologiques (concentrant l'information), tout en étant aussi leur résultat.

Il existe enfin une autre conséquence découlant du système monopoliste-consumériste. Le contrôle de l'information par les producteurs et le consumérisme finissent par créer un système de production quasi indivisible et susceptible de connaître peu de méthodes nouvelles de production. Cela a d'ailleurs été souligné récemment lors d'une étude sur l'environnement. Le problème ne peut bien sûr se résoudre en considérant uniquement les effets de la production industrielle sur l'environnement. La consommation des biens (par ex. l'utilisation de véhicules) représente un risque pour l'environnement.

11. On entend par économie productiviste celle tournée vers la production de biens de production. La nomenclature utilisée est celle employée par L. Sklair pour définir les aspects de la production dans l'économie mondiale. Si l'auteur distingue dans les économies développées un aspect productiviste-consumériste de production, il voit dans les économies non développées un aspect non productiviste, mais consumériste de production. Selon lui, cette tendance mondiale à la consommation est due à la concentration mondiale des médias et des agences de publicité, entraînant la création d'une consommation internationale (L. Sklair, *Globalization — capitalism and its alternatives*, Oxford, Oxford University Press, 3^e éd., 2002, pp. 164 et ss.).

12. Cette observation est de Gilles Lipovetsky, *Le bonheur paradoxal — essai sur la société d'hyperconsommation*, Paris, Gallimard, 2006. L'auteur analyse les effets de la société d'hyperconsommation sur les caractéristiques psychologiques et même sociales du comportement individuel contemporain.

Les solutions qui prétendent résoudre exclusivement le problème des émissions polluantes par les industries de production ont un effet réel limité par rapport à l'importance du problème. Les solutions notamment inductives, comme le marché de crédits de carbone, sont insuffisantes. Il est extrêmement difficile, voire impossible de calculer toute l'émission de gaz produits par une entreprise entre la phase de production et celle de la consommation finale des biens. Par exemple, dans l'industrie automobile, si on calcule l'impact sur l'environnement de tous les biens (véhicules en circulation à un moment donnée), son pourcentage d'émission de gaz sera très important, et ce, quel que soit le niveau de propreté du processus de production. Si on calcule la valeur d'émission de gaz dans toute la chaîne de production jusqu'à la consommation, le pourcentage d'émission de gaz de cette industrie sera très important. Ainsi, au lieu de vendre des crédits de carbone, cette industrie devrait plutôt en acheter. Le processus de production crée par le système monopoliste-consumériste rend l'accès à l'information très difficile surtout lorsqu'il s'agit de biens dotés d'externalités sociales sur l'environnement.

L'homme mais également le système économique deviennent unidimensionnels et rigides.

A. STRUCTURES ET CONCENTRATION DE L'INFORMATION

En réalité, on assiste dans l'économie moderne à une augmentation étonnante de la dispersion d'informations, qui est non seulement liée à l'augmentation des instruments d'accès à l'information mais aussi à sa détention privée toujours plus grande, en raison de la complexité croissante de la structure économique et de l'appropriation privée de la connaissance. La dispersion de l'information profite alors aux agents de façon asymétrique. Lorsque ces agents limitent les choix des consommateurs, ils s'approprient l'information. La distribution asymétrique qui en résulte garantit aux détenteurs un pouvoir important.

Ce pouvoir se manifeste de différentes manières et pas seulement par la capacité d'augmenter les prix ou de créer de la pénurie dans les marchés (description caractéristique de l'analyse néoclassique traditionnelle). En réalité, en cas de manque d'informations, la pénurie de produits de bonne qualité peut conduire à la disparition du marché. Par conséquent, il est très important d'étudier les structures capables de s'approprier et de concentrer des informations, puisqu'elles constituent un risque pour le choix des consommateurs, qui est l'objectif fondamental de l'ordre concurrentiel.

Nous examinerons ci-après deux exemples caractéristiques de structures capables de concentrer des informations : les structures verticalement intégrées et celles dans lesquelles les règles juridiques garantissent que les informations seront concentrées.

B. LES STRUCTURES VERTICALES

L'analyse antitrust actuelle est relativement insuffisante en ce qui concerne les concentrations verticales. Il n'existe pas de critères précis permettant de déter-

miner quelles sont les concentrations qui doivent être soumises à un contrôle (les critères néoclassiques portant sur la définition de marché conduisent à mesurer le pouvoir horizontal). Quant aux critères de sanction, l'idée néoclassique prévaut encore aujourd'hui selon laquelle seules les concentrations verticales qui ont un effet horizontal peuvent être punies.

Cette observation contient toutefois une contradiction. En effet, si les critères permettant d'évaluer les concentrations verticales sont horizontaux, l'examen indépendant des concentrations verticales est alors inutile.

Toutefois, les concentrations verticales produisent directement peu d'effets sur l'offre ou la demande, mais le font plutôt sur le niveau d'informations. En fait, le résultat informationnel des coûts de transaction ne doit pas être négligé. Les conflits entre agents économiques d'une même chaîne de production sont une source importante d'informations pour les consommateurs. L'élimination des coûts de transaction a accessoirement pour effet de limiter les informations concernant de nombreux facteurs importants pour la concurrence comme l'économie de pénurie, les prix d'équilibre, etc.

Se pose alors la question de la définition des critères pour déterminer le niveau d'importance de la limitation d'informations qui justifierait l'institution de mesures préventives ou répressives. En réalité, dans une analyse théorique, ce critère ne peut qu'être formulé dans des termes généraux.

Cette formulation dans des termes généraux doit suivre les fondements théoriques de l'économie de l'information. L'asymétrie dans l'information sera importante lorsqu'elle modifie les conditions de fonctionnement du marché. Ces modifications apparaissent lorsque l'agent modifie son comportement sur le marché en raison de la différence (ou la possible différence) d'information. Une hypothèse très courante est celle de l'intégration ou de la concentration verticale qui permet ou implique l'élimination de la concurrence intra-marque. Il n'y a pas lieu de considérer, comme le font les néoclassiques, qu'il n'y a pas d'effet vertical et que la concurrence inter-marque doit faire l'objet d'une attention exclusive. En effet, à l'exception des cas particuliers (surtout les biens somptuaires) dans lesquels la marque crée des habitudes de consommation artificielle, l'élimination de la concurrence intra-marque limite beaucoup l'information au détriment des consommateurs. Le producteur peut alors limiter la variété des produits, restreindre l'offre, etc. Dès qu'il existe une restriction de l'information et une possibilité de modification du comportement sur le marché, le système concurrentiel est alors menacé.

Les hypothèses de restriction de l'information comportant un risque pour le système économique ne se limitent pas à cela. Généralement dans les secteurs réglementés, la concentration verticale est un moyen de garantir une transparence limitée de la structure des coûts, c'est-à-dire qu'il y ait moins d'informations disponibles sur cette structure. C'est l'élimination des coûts de transaction qui produit cet effet négatif sur le flux d'informations.

Toutes ces hypothèses ont un élément en commun, à savoir la restriction de l'information pour ainsi dire « qualifiée ». Dans toutes ces hypothèses, la restric-

tion peut se reproduire, voire se multiplier, avec la poursuite des transactions. L'information pathologique du point de vue juridique est celle qui permet à un marché déterminé de laisser faire le jeu de la sélection adverse (*adverse selection*), conformément à la théorie des *lemons* de G. Akerloff, c'est-à-dire que l'absence d'informations engendre le fait qu'il y aura plus d'acheteurs intéressés par des pires produits (*lemons*), renversant ainsi la différence entre l'utilité relative d'une transaction et d'une autre ou la différence de prix au profit de l'agent économique qui détient les informations. Lorsqu'il est possible qu'un agent économique limite la demande et l'offre ou se retire du marché en capturant les informations et lorsque cette situation dure dans le temps, alors la concentration ou la restriction verticale créent des risques pour le système économique. Pour expliquer cette situation, il convient de recourir aux mêmes instruments qui sont utilisés traditionnellement pour la définition des marchés.

Cette restriction de l'information dite « qualifiée » du fait des concentrations verticales permet de contrôler et de limiter les choix du consommateur. Celui-ci, confronté à des producteurs verticalement intégrés, a beaucoup plus de mal à individualiser les objets de son désir, dans la mesure où il dispose de moins d'informations sur sa composition, ses formes de distribution et de vente. Dans une structure verticalement intégrée, la quantité et la méthode de transmission de ces informations sont contrôlées par le producteur de manière exclusive, le processus de production étant plus imperméable y compris dans les secteurs économiques régulés.

C. LES STRUCTURES JURIDIQUES DE CONCENTRATION D'INFORMATIONS : LE CAS DES BREVETS DE BIENS ESSENTIELS

Il existe une seconde forme « qualifiée » de concentration d'informations, qui s'explique par des règles juridiques instituant des privilèges d'informations.

La règle juridique la plus importante est celle qui garantit des privilèges en matière de brevet. En réalité, les brevets représentent une intervention directe du droit sur les flux d'informations. Ils reconnaissent au détenteur de droits de brevet une exclusivité, pendant une période déterminée concernant la fabrication d'un produit ou la prestation d'un service en utilisant certaines technologies développées.

En contrepartie, il doit donner des informations nécessaires à l'utilisation de la technologie et les déposer auprès d'un registre de propriété intellectuelle. Au-delà de la question de la qualité des analyses du niveau d'informations données (qui est insuffisante), cette dissociation entre prestation et utilisation des informations est à l'origine d'asymétries importantes.

La première de ces asymétries, découlant directement du monopole d'utilisation garanti par la loi, réside dans la difficulté d'évaluer la réelle utilité du produit. Le problème de la sélection adverse est ici particulier. L'enthousiasme que suscite l'invention affecte toujours les consommateurs qui ont le plus grand besoin du produit même s'ils ne savent pas si cette solution (l'achat du bien) est la bonne.

Il est évident que les règles sur les brevets ne peuvent être utilisées pour créer ce type d'asymétrie. En outre, les idées sont des biens non exclusifs (*non rivalrous goods*), et donc, d'un point de vue économique, l'utilisation par une personne ne devrait pas se faire en limitant l'accès à autrui. Autrement dit, les restrictions d'utilisation ne sont admissibles que pour les besoins de l'innovation technologique.

Ainsi, les problèmes structurels spécifiques aux brevets ne doivent pas être négligés. Ces problèmes sont d'autant plus importants lorsque les secteurs concernés sont socialement sensibles. Dans ces secteurs, les conséquences négatives du fait des restrictions de l'information et de l'accès aux biens (produits du monopole protégé par les brevets) sont décisives. Les limites structurelles imposées aux brevets sont alors justifiées.

Cette intervention structurelle se justifie par le fait que les détenteurs de brevets dans plusieurs secteurs de l'industrie exercent de façon abusive de tels droits portant atteinte à l'accès effectif aux produits (notamment dans les secteurs de la chimie, de la pharmacie, de l'électronique et de la technologie de l'information).

Il est important de mener des réflexions sur les abus des droits de propriété intellectuelle, notamment en matière de brevets, afin de construire des alternatives nécessaires facilitant l'accès à la santé dans les pays moins développés et en voie de développement¹³. La recherche d'une meilleure distribution des produits comme les médicaments essentiels, par exemple, dans des cas tels que le traitement de maladies contagieuses et endémiques, est associée à l'équilibre entre deux facteurs : la protection des brevets appliquée aux médicaments et le degré de l'accès effectif à la santé. Soit il existe une cohabitation équilibrée entre ces deux facteurs, soit l'un se concrétise au détriment de l'autre. Ainsi, par exemple, lorsque les délais de protection de certains brevets sont dépassés, de nombreux pays appliquent une politique favorable à l'industrie de médicaments génériques, qui se substituent aux médicaments précédemment brevetés par de grandes sociétés pharmaceutiques¹⁴.

13. De manière générale, il y a abus de droits lorsque le comportement du titulaire du brevet révèle un détournement de finalité. Ainsi, il profite de l'exclusivité conférée par le droit qui lui a été reconnu pour arriver à des effets indésirables du point de vue juridique, tels que la violation des règles de la protection du consommateur, de la concurrence, et aussi, de la propriété intellectuelle, notamment lorsqu'il compte étendre le domaine d'exclusivité conféré par le brevet. L'article 65 du *Patent Act of 1985* du Canada prévoit des hypothèses larges d'abus de droit conféré par le brevet, telles que la prise en compte insuffisante par le titulaire s'agissant de la demande du produit breveté, dans des périodes et conditions raisonnables, ou le refus de licencier, fabriquer ou distribuer les produits brevetés ; ou si une personne ou une catégorie de personnes subissent un dommage du fait de l'exclusivité ; ou si le produit ou le processus breveté est utilisé par le titulaire dans le but de porter atteinte à l'activité d'industrialisation et à la commercialisation d'autres produits. Sur le thème de l'abus de droits en matière de brevet, cf. E. T. Sullivan, « The Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century », *Minnesota Intellectual Property Review* 2000, n° 1, pp. 1 et ss. ; D. J. Gifford, « The Antitrust/Intellectual Property Interface : An Emerging Solution to An Intractable Problem », *Hofstra Law Review* 2003, n° 31, pp. 363 et ss.

14. Les autorités gouvernementales compétentes en matière de concession de brevets et les agences de santé publique pourraient également, de manière conjointe, soutenir des programmes d'accès aux médicaments essentiels, notamment à travers un contrôle visant à vérifier l'adéquation de la finalité du brevet pharmaceutique à sa destination — traitement de maladies, ainsi que le recensement des médicaments qui ne sont pas brevetés. L'OMS estime que dans la plupart des pays moins développés et en voie de développement, moins de 20 % des médicaments essentiels sont protégés par des brevets. Ces médicaments appartiennent en majorité au domaine public, bien qu'ils ne soient pas transformés en médicaments génériques, et sont extrêmement chers puisqu'ils

On attend de l'industrie des génériques qu'elle réalise les mêmes bénéfices que ceux générés par les médicaments fabriqués par la société détentrice du brevet. Dans la seconde moitié des années 1990, le Brésil a appliqué cette stratégie, avec des très bons résultats, notamment en ce qui concerne la réduction des prix d'acquisition des médicaments essentiels, qui ne sont plus réservés à une seule entreprise déterminée et qui donc peuvent être distribués pour le traitement de nombreuses maladies¹⁵.

Les observations précédemment faites au sujet des fondements des politiques publiques sur l'application de prix différenciés sont également fondées d'un point de vue économique, notamment quand les droits de propriété intellectuelle sont considérés comme insérés à l'intérieur d'une logique institutionnelle-concurrentielle.

Pour le démontrer, il convient de revenir sur une affirmation courante mais erronée du point de vue théorique. Il s'agit de l'idée selon laquelle la reconnaissance et l'exploitation des brevets de médicaments en tant que monopole légal, donc accessoire au droit concurrentiel, sont nécessaires pour éviter le comportement de *free riding* dans l'industrie pharmaceutique¹⁶. Le comportement de *free riding* n'est caractérisé que si l'investissement dans la recherche d'inventions de médicaments essentiels est effectué au Brésil et dans d'autres pays en voie de développement, ce qui dans la pratique est assez rare. Lorsque l'investissement est réalisé dans des pays développés, le comportement de *free riding* n'est significatif que dans la mesure où il ne permet pas d'amortir les sommes investies. Or, l'investissement en technologie étant réalisé en principe par les sociétés mères qui utilisent la technologie, la possibilité d'amortissement doit être analysée au niveau international. En outre, même lorsque ce n'est pas le cas, il est difficile de croire qu'elle n'amortit pas l'investissement.

Il est depuis longtemps reconnu que les effets de la discrimination par les prix (qui se produit quand une entreprise agissant dans plusieurs pays se voit reconnaître son brevet dans certains pays mais pas dans d'autres) ne sont pas nécessairement nuisibles au système économique et au marché, dès lors que l'agent économique qui pratique la discrimination est capable d'atteindre l'équilibre sur les deux marchés¹⁷.

sont directement importés des pays développés. Les prix pratiqués répercutent les différences dues aux taux de change des monnaies nord-américaine ou européenne, entraînant ainsi une hausse substantielle des prix sur les marchés de consommation des pays pauvres et en voie de développement.

15. Au Brésil, le médicament générique a été défini par la loi n° 9787 du 10 février 1999 (*Lei dos Genéricos*, c'est-à-dire la loi sur les médicaments génériques) modifiant les dispositions de la loi n° 6360 du 23 septembre 1976 qui légifère sur la surveillance sanitaire dans le pays. L'article 3, alinéa XXI, de ladite loi prévoit que le médicament générique est un médicament « similaire à un produit de référence ou nouveau, qui prétend être avec celui-ci interchangeable, après l'expiration ou la renonciation de la protection du brevet ou d'autres droits d'exclusivité, après vérification de son efficacité, de sa sécurité et de sa qualité ». Selon des estimations, 39170 (2001), 75650 (2002) et 79161 (2003) unités ont été produites ces dernières années, avec une croissance d'environ 482 % entre 2001 et 2002, à des prix inférieurs aux médicaments de marque d'environ 40 %. Selon des données du *Pro-Genéricos* (<http://www.progenéricos.org.br>), une augmentation de 83 enregistrements de ce type de produit a été constatée en 2001, et de 1124 en 2004.

16. Le comportement de *free rider* se définit ici comme celui d'un agent économique qui n'a pas investi dans la recherche d'un produit précis tout en profitant des résultats qui en découlent.

17. C. Salomão Filho, « Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público », *op. cit.*, p. 37.

Dans ce domaine en particulier, il existe un consensus, aussi bien au sein de l'école de Chicago, que de l'école ordo-libérale allemande, selon lequel la simple discrimination factuelle par les prix entre concurrents ne peut être considérée comme illicite. En effet, il s'agit souvent d'une action des entreprises répondant à des situations différentes sur le marché¹⁸.

Ces situations procèdent aussi bien de l'existence de coûts différents sur chaque marché que de l'existence d'un monopole sur un marché déterminé et non sur l'autre. Sanctionner la discrimination dans cette dernière hypothèse serait inapproprié et inutile. Inapproprié parce que cette interdiction entraînerait certainement une réduction ou une suppression de la production dans la région où il n'existe pas de monopole (et donc où le prix est le plus bas). Aucune donnée économique ne justifie la réduction de la production où le prix est concurrentiel. En effet, dans une situation pure et parfaite, les prix différenciés permettent au producteur d'obtenir de chaque consommateur ce qu'il peut donner précisément. Agissant tout au long de la courbe de demande, l'offreur propose à chaque consommateur un prix compatible avec sa capacité de consommer (c'est ce que l'on appelle la discrimination parfaite).

Si en pratique, cette situation théorique n'existe pas, le même effet se produit dans des situations concrètes, lorsque l'agent économique pratique une discrimination entre deux ou trois groupes de consommateurs. L'utilisation d'un comportement stratégique avec des prix différenciés entraîne une augmentation importante des profits de l'agent économique, qui obtient un profit normal dans les régions où il existe une concurrence et un profit monopoliste dans les régions où elle n'existe pas.

L'augmentation des prix ou la réduction des quantités offertes dans la région monopolisée peuvent se résoudre par la sanction de l'abus de prix sur ce dernier marché. Dans ce cas-là, l'existence de discrimination par les prix peut être utilisée comme un indice de monopole¹⁹.

Cette analyse se justifie notamment dans le cas particulier des médicaments. En se fondant sur l'étude de Hasenclever²⁰, on peut trouver dans les pharmacies brésiliennes un nombre significatif de médicaments dépourvus de brevet. Entre 2001 et 2004, une augmentation de 81 enregistrements de médicaments génériques sur 1124 offerts dans des conditions appropriées, a été constatée; ce qui démontre que, dans le cas brésilien, l'absence de brevets n'a pas conduit à la disparition des produits sur le marché. Ces produits ont continué à être offerts, non pas au même

18. À propos des adeptes des deux écoles, cf. notamment R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy War with Itself*, New York, The Free Press, 1993, pp. 382 et ss., qui analyse le problème en droit nord-américain. Sur ce thème en droit allemand, E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, Beck, 1974, pp. 188-189; W. Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln — Berlin — Bonn — München, 1983, pp. 385 et ss.

19. C. Salomão Filho, « Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público », *op. cit.*, p. 37.

20. « O Mercado de Medicamentos Genéricos no Brasil, Simpósio Franco-Brasileiro », *O Novo Direito da Propriedade Intelectual no Domínio da Saúde e dos Seres Vivos: Implicações para o acesso aos tratamentos anti-retrovirais*, Brasília, 23-24 Junho 2004, disponible sur Internet : <http://www.aids.gov.br> Cf. également du même auteur, *Diagnóstico da Indústria Farmacêutica Brasileira*, Rio de Janeiro — Brasília, UNESCO — FUIB — Instituto de Economia UFRJ, 2002.

36. Cf. C. Salomão Filho, "Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público", *op. cit.*, pp. 40-41.

En outre, l'interprétation concurrentielle du droit industriel permet d'éclairer une autre question importante concernant la licence obligatoire : la valeur de la rémunération. Il convient de tenir compte de la loi n° 9.279/96 (article 73, § 6) et du règlement d'application (article 5, § 2 du décret n° 3.201 du 6 octobre 1999, modifié par le décret n° 4.830 du 4 septembre 2003) qui prévoient la nécessité de rémunérer le titulaire du brevet, en fonction de sa valeur économique.

Cette disposition ne doit pas être mal interprétée. La valeur économique, en droit de l'entreprise, est toujours liée à la capacité de produire des profits d'un bien précis ou d'un droit, ainsi qu'à son utilisation par l'acquéreur (ou le bénéficiaire de la licence). En ce qui concerne le brevet de médicaments essentiels, comme la licence appartient à l'État fédéral, sa valeur économique est alors très faible. En effet, si la licence était destinée à pourvoir les besoins de la population à faible revenu, le prix perçu par la vente du médicament serait égal à son coût ou très proche de celui-ci (ce qui se produit dans les situations de concurrence parfaite, surtout sur les marchés où les consommateurs ont des revenus modestes).

Ce résultat s'explique par le fait que la rémunération prévue par l'accord TRIPS, par la loi et par le règlement ne doit pas et ne peut pas être interprétée comme une indemnisation²⁷. Dans la mesure où la justification des brevets à partir du droit de propriété a été rejetée, on ne peut pas parler d'expropriation (parce que contrairement à tout bien matériel, l'usage n'éteint ici pas le bien, mais le droit). Il n'y a donc pas d'indemnisation. L'objectif de la rémunération est d'empêcher le comportement de *free-riding* du bénéficiaire de la licence (particulier), c'est-à-dire, d'empêcher qu'en l'absence d'investissement dans la recherche, il s'approprie les profits. S'agissant de médicaments essentiels, il n'y a pas d'appropriation puisque la valeur est résiduelle et absolument marginale et le producteur privé étant le bénéficiaire direct de la licence ou un tiers autorisé par l'Union, il a un droit à être rémunéré.

On peut donc conclure que la valeur de la licence pourra/devra être calculée en fonction du profit du producteur privé (qu'il soit bénéficiaire final de la licence ou producteur sous-traitant final), profit qui devra être maintenu à des niveaux très faibles en fonction des exigences sociales envers les médicaments essentiels²⁸.

Il est remarquable de noter qu'une fois la question des brevets analysée sous une perspective juridico-structurelle, il convient d'étudier un autre problème relatif à l'accès à la santé publique dans les pays en voie de développement et les pays moins développés. Il s'agit des *maladies tropicales* qui affectent les populations locales. Il n'y a pas de recherches effectuées sur ces maladies dans les pays développés, puisqu'elles n'existent pas dans ces régions. Dès lors, les politiques de prix différenciés ne peuvent être efficaces, même celles fondées sur une licence obliga-

27. L'article 31, h du TRIPS prévoit que le titulaire sera rémunéré selon les circonstances de chaque utilisation, la valeur économique de l'autorisation étant prise en compte.

28. Le caractère raisonnable de cet argument peut être étudié d'un autre point de vue. Si l'indemnisation correspondait au prix de la licence fixé par le jeu de l'offre et de la demande du marché, alors l'accès aux médicaments essentiels aurait été impossible car ce montant serait répercuté sur le prix final payé par le consommateur. Dans ces conditions, aux yeux du titulaire de la licence et du consommateur final, tout se passerait en pratique comme si la licence obligatoire n'avait jamais existé.

toire, en ce qui concerne les médicaments destinés au traitement des maladies tropicales, parce qu'il n'y a pas de recherche-développement (R&D) suffisante faites par l'industrie pharmaceutique située dans les pays développés sur ce genre de médicament²⁹.

Le défi consiste à savoir comment stimuler la recherche-développement en l'absence de politique de prix différenciés qui puissent financer la R&D dans les pays développés. La concession de brevets et son utilisation s'insèrent dans une logique concurrentielle et servent, non pas à attribuer un monopole d'utilisation de cette invention spécifique, mais à favoriser la concurrence par l'innovation. Il serait alors possible d'imaginer un système de subventions croisées dans le domaine des brevets³⁰. C'est-à-dire que le pays en développement concerné pourrait, en contrepartie de l'obligation pour l'industrie pharmaceutique d'investir dans la R&D sur les maladies tropicales, admettre que certaines catégories de produits (et peut-être le marché de consommation où les conditions économiques sont favorables à l'absorption d'une augmentation des prix), échappent à la politique de prix différenciés. L'augmentation des prix observée servirait à subventionner la recherche et le développement de médicaments pour le traitement des maladies tropicales.

Deux observations, plus ou moins évidentes, méritent d'être faites. En premier lieu, cette mesure ne peut être introduite que simultanément à la politique de prix différenciés. Ce n'est qu'ainsi qu'un produit favorisera l'institution de subventions croisées, que l'on peut nommer produit « subventionneur ». En second lieu, il convient d'établir un régime juridique cohérent prévoyant d'une part que, dans l'hypothèse où il n'y aurait pas l'investissement en R&D pour le médicament destiné à la maladie tropicale, le bénéfice de l'exemption de la politique de prix différenciés doit être supprimé, et d'autre part que la valeur dont a bénéficié l'industrie pharmaceutique soit restituée aux consommateurs qui ont payé pour le médicament subventionné (par exemple, par le biais d'un recours collectif).

L'adoption d'une telle solution législative est intéressante. Le brevet favorise la concurrence dans la R&D d'un produit. C'est le cas pour la « subvention croisée de brevets ».

Ainsi, seule une intervention structurelle sur l'origine du monopole fondé sur le brevet permet d'obtenir un résultat efficace du point de vue distributif.

29. Cf. Médecins Sans Frontières, *Recherche médicale en panne pour les maladies des plus pauvres*, Genève, sept. 2001.

30. Comme il a déjà été démontré dans des études portant sur le sujet, les subventions croisées dans le domaine de la régulation sont considérées comme favorisant la concurrence et non comme étant anticoncurrentielles comme on le pensait auparavant. À ce propos, voir W. Baumol, « Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure », *American Economic Review*, vol. 72, n° 1, 1985, pp.1-15. Sur le problème des prix différenciés et de financement en R&D pour les médicaments destinés au traitement de maladies tropicales, cf. une étude de M. M. Danson et A. Iltis, « Differential Pricing for Pharmaceuticals: Reconciling Access, R&D and Patents », *ADB-Brookings Joint Center Working Paper*, July 2003, n° 03-7, disponible sur Internet : <http://www.mfn.com>

§2. Monopole, chômage et exclusion sociale

Les systèmes économiques fondés sur les monopoles induisent d'autres conséquences sociales tout aussi ou plus négatives que l'hyperconsommation. En effet, les monopoles contemporains et les marchés oligopolisés contemporains se caractérisent par les liens étroits qu'ils entretiennent avec le chômage.

Les structures monopolistes internes associées au processus d'internationalisation de l'économie génèrent du chômage et du sous-emploi dans le monde.

Comme nous l'avons étudié ci-dessus, l'attrait que suscitent les régions dotées de main-d'œuvre meilleur marché, conséquence indissociable du processus d'internationalisation, conduit à l'augmentation des taux de chômage dans les pays développés. En outre, dans ces mêmes pays développés, l'avancée technologique des méthodes de production entraîne une augmentation du taux naturel de chômage (*natural rate of unemployment*) : d'une part, parce que cela crée une difficulté directe pour les travailleurs moins qualifiés; d'autre part, avec la hausse des coûts de formation, on assiste à un déplacement de la courbe du chômage. Autrement dit, le changement de situations de crise économique vers des situations de prospérité implique une augmentation de l'emploi inférieure au taux de croissance économique. À long terme, il en résulte un chômage structurel croissant³¹.

Cette tendance n'est pas contrebalancée par une réduction significative du chômage dans les pays en voie de développement et les pays sous-développés, et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, parce que les pays qui aujourd'hui attirent le plus l'investissement et le transfert industriels sont ceux qui ont le plus grand contingent de main-d'œuvre disponible. Des pays comme la Chine et l'Inde sont très attractifs pour les investissements et industries, puisque la population agricole et l'excédent de main-d'œuvre y sont très importants. Le nombre d'emplois offerts par les entreprises qui s'y sont délocalisées ne satisfait toutefois pas l'offre de main-d'œuvre locale (ce qui explique pourquoi le coût la main-d'œuvre est si bon marché dans ces régions).

En outre, et c'est là une autre caractéristique spécifique au monopole moderne, les gains de productivité sont obtenus par le biais d'une réduction de la force de travail employée, au profit de sa substitution par des capitaux et des biens de haute technologie.

Durant l'époque coloniale et la Révolution industrielle, la réduction du salaire réel engendrait un profit monopoliste sur le marché du travail. L'évolution tech-

31. L'idée du chômage structurel est très discutée. Elle a notamment été défendue par E. Phelps, qui présente les différentes raisons de la croissance du taux naturel de chômage, parmi lesquelles figure principalement le facteur technologique ci-dessus expliqué. Il cite comme politique de lutte contre ce facteur à l'origine du chômage structurel la réduction des taux d'intérêts, qui diminue le coût de formation des employés qualifiés. Quoiqu'il en soit, il constate une tendance à l'augmentation du chômage pour les employés moins qualifiés (précisément la situation constatée dans les pays moins développés). Cf. E. Phelps et G. Zoega, « Natural rate theory and OECD unemployment », *The Economic Journal*, vol. 108, n° 448, 1998, pp. 782 et ss. (supra, pp. 785 et s.). Pour un exposé plus détaillé, cf. E. Phelps, *Structural Slumps: The modern equilibrium theory of unemployment*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

nologique modifie radicalement la situation, les conflits avec les syndicats sur la valeur du salaire devenant alors inutiles. La réduction des coûts s'obtient principalement grâce aux gains de productivité réalisés avec le remplacement de la main-d'œuvre par des machines. Les travailleurs affectés à l'entretien de machines doivent être plus qualifiés, ce qui explique la hausse importante du chômage chez les travailleurs les moins qualifiés dans tous les pays³².

Les prétendus gains d'efficacité productive obtenus avec la concentration des sociétés (monopolisation de marchés) correspondent en réalité à la diminution des dépenses en main-d'œuvre. Plus la domination du marché est importante, plus l'économie d'échelle l'est également, et par conséquent plus il y a de possibilités de substituer la main-d'œuvre par des machines qui exigent de moins en moins d'être entretenues par des travailleurs qualifiés³³.

Cette stratégie, qui ne tient pas compte des intérêts sociaux, produit à long terme un chômage structurel, composé de travailleurs inactifs ou sous-employés. Les périodes de croissance économique sont insuffisantes pour compenser les périodes de stagnation en matière de chômage, et l'on observe ainsi une augmentation constante structurelle du chômage. Les crises sociales et économiques se multiplient alors.

§3. Monopole, privatisation et concentration

L'analyse des périodes coloniales et industrielles a montré que les effets des monopoles sur les économies des colonies et anciennes colonies étaient caractérisés par un drainage intersectoriel. L'importance de l'activité économique des monopoles et l'absence d'effets multiplicateurs internes au niveau des revenus (car ceux-ci étaient transférés vers l'extérieur du pays ou mal distribués à l'intérieur) ont été des obstacles importants au développement de tous les secteurs à l'exception des secteurs exportateurs (et monopolisés).

L'internationalisation des économies des anciennes colonies a modifié la situation. L'implantation de multinationales et d'entreprises étrangères favorise l'investissement dans plusieurs secteurs peu dynamique à l'époque.

Néanmoins, comme cette internationalisation succède au déclin du système de financement externe et interne des anciennes colonies, une bonne partie de ces nouveaux investissements va finalement servir à contrôler des activités réalisées auparavant par l'État puis privatisées à partir de la dernière décennie du xx^e siècle³⁴.

32. Pour une analyse de la situation des pays de l'OCDE, cf. E. Phelps et G. Zoega, « Natural rate theory and OECD unemployment », *op. cit.*, p. 782, notamment le graphique p. 791.

33. Le même phénomène d'augmentation du taux naturel de chômage en fonction du facteur technologique est constaté dans toute la chaîne productive, ce qui explique qu'il est difficile d'imaginer qu'un emploi dans le secteur des biens de consommation soit remplacé par plus d'emplois dans le secteur des biens de capital.

34. Cela s'est produit en Amérique latine, par exemple au Brésil, pays qui dans les années 1990 s'est ouvert au capital international surtout avec les privatisations. À partir de ce moment, deux phénomènes en rapport avec la concentration économique sont constatés. En premier lieu, le pays commence à subir l'influence de la monopolisation et de l'oligopolisation croissante des marchés. En second lieu, les autorités gouvernementales, princel-

En outre, afin de payer les dettes interne et externe des États, ceux-ci souhaitent vendre leurs entreprises au meilleur prix. Par conséquent, les autorités de régulation qui sont créées ne limitent pas le pouvoir monopolistique de ces grandes entreprises étatiques qui sont privatisées.

Ainsi, de nombreuses activités exercées auparavant sous un régime de monopole public deviennent des monopoles privés. Les règles de régulation érigées pour contrôler les activités, pour les raisons déjà exposées, se révèlent insuffisantes pour transformer la rationalité monopoliste : les monopoles n'étant pas contestés et laissant peu de place à la concurrence, les prix des services commencent à augmenter de manière considérable.

Le système de protection sociale s'effondre avec la disparition des prestations de service d'intérêt social par des entités publiques.

Le processus de drainage intersectoriel monopoliste s'atténue de manière substantielle à l'époque contemporaine. Contrairement aux périodes coloniales et d'industrialisation, l'activité économique se diversifie, mais le pouvoir des monopoles sur les économies des anciennes colonies s'étend à des « nouveaux secteurs de l'économie ». Il n'est donc pas surprenant que la distribution des richesses dans ces économies dépende du système de concentration des monopoles. La concentration intersectorielle propre au fonctionnement monopolistique des marchés ne découle plus du drainage de ressources entre secteurs mais de l'expansion du marché et du pouvoir monopoliste dans de nouveaux secteurs de services publics assurés auparavant par l'État.

La concentration se développe dans ces secteurs surtout par le biais du concept de monopole naturel. C'est précisément dans l'usufruit privé et concentré des monopoles naturels que le processus d'extension du pouvoir monopoliste aux nouveaux secteurs de l'économie produit, à partir des années 1990, ses effets les plus négatifs.

Ce mouvement s'inspire bien évidemment de la théorie schumpétérienne de la destruction créatrice ou de la cohabitation pacifique et vertueuse entre les monopoles et les changements technologiques (qui sont la cause des monopoles). Comme nous l'avons déjà étudié (introduction, section 2, §2), dans son livre *Démocratie, Socialisme et Capitalisme*, Schumpeter forge l'idée marxiste du déterminisme historique avec l'idée néoclassique du déterminisme de marché. Le résultat ne pouvait être autre : le nouveau déterminant de tout le développement capitaliste est le développement technologique³⁵.

galement la *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social* (BNDES, l'équivalent brésilien de la Caisse des dépôts et consignations), souhaitent faciliter la concentration des marchés et des entreprises nationales. D'une part, dans les secteurs régulés, la concentration et la coopération entre les entreprises sont favorisées. Dans les secteurs non régulés, la BNDES exécute la politique d'investissement du Gouvernement fédéral (article 23 de la loi n° 4594/64) en concédant des prêts conditionnés à des réorganisations sectorielles, qui favorisent la concentration. D'autre part, les autorités chargées de faire respecter le jeu de la libre concurrence, mais dont les actions ont toujours été limitées, ne réussissent pas à s'opposer à ce mouvement.

35. Voir la note de bas de page n° 22 de l'introduction.

Dans cette optique, la monopolisation des secteurs n'est pas nuisible, y compris en cas de monopole naturel. Les changements technologiques permettent de supprimer ces barrières et donc la position de pouvoir du monopoleur.

De notre point de vue, cette idée n'est pourtant pas exacte. Même dans des secteurs caractérisés par des changements technologiques intenses et fréquents, comme le secteur des télécommunications, la réalité a montré que les sociétés détentrices de réseau disposaient d'une grande capacité à dominer les nouveaux réseaux alternatifs.

S'il est vrai que dans quelques secteurs, comme c'est le cas des télécommunications, les changements technologiques permettent la création de nouveaux réseaux sans coûts fixes, il est aussi vrai que l'investissement effectué par les détenteurs du réseau pour contrôler et dominer ces nouveaux réseaux alternatifs est important, notamment pour acquérir des nouveaux entrants ou des nouvelles licences (par ex. pour l'utilisation de nouvelles technologies de télécommunications du type Wi-Max). Le recours à la prédation technologique est également fréquent³⁶.

En effet, avec ces nouveaux réseaux, les concurrents peuvent obtenir des économies d'échelle plus importantes et ce plus facilement que s'ils essayaient d'entrer en concurrence avec des réseaux déjà dominés par les détenteurs d'infrastructure. Dans ce cas de figure, du point de vue économique, la courbe de coûts du détenteur du réseau (réseau A) atteint un niveau incommensurablement plus faible par rapport à celle du nouvel entrant qui essaie de le contester. Ce dernier ne réussira jamais à atteindre le même niveau que le premier dans la mesure où le prix du détenteur de l'infrastructure sera toujours inférieur.

Toutefois, les nouvelles technologies permettent de créer des nouveaux réseaux alternatifs à des prix concurrentiels (réseau B). Il est remarquable de noter, néanmoins, que cela n'est possible que si le détenteur du réseau A ne domine pas le réseau B. S'il a accès au réseau B et s'il réussit à le dominer, aucune concurrence n'est alors possible. Ainsi, l'innovation technologique n'a pas d'impact sur le niveau de concurrence. De plus, la diversification des offres pour les consommateurs ne se produira pas car le monopoleur du réseau A peut choisir de ne pas offrir les services permis sur le réseau B.

Le raisonnement est semblable à celui développé en droit antitrust entre concurrence inter-marque et intra-marque, qui correspond à la concurrence entre marques (inter-marques) à la concurrence entre réseaux. La doctrine antitrust considère traditionnellement que la concurrence inter-marque est plus importante, par sa capacité à attirer le consommateur³⁷. Cette observation, bien qu'in-

36. La prédation technologique a été considérée comme illicite du point de vue de la concurrence dans l'affaire Microsoft et est encore aujourd'hui responsable du maintien de la position monopoliste de l'entreprise (W. Page et J. Lopatka, *The Microsoft case — antitrust, high technology and consumer welfare*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007).

37. En ce sens, cf. notamment H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, ST Paul, West Publishing Co., 1994, pp. 428 et ss.

suffisante puisque la concurrence intra-marque est tout aussi importante et ne doit pas être négligée³⁸, met en évidence un point essentiel.

Il est fondamental de garantir une structure de marché qui encourage le consommateur à opter pour des alternatives réellement différentes. Celles-ci peuvent reposer sur un lien subjectif ou objectif avec une marque, ou bien sur un coût et une accessibilité suffisants pour créer une alternative réelle. Les alternatives ne doivent pas seulement être formelles ou potentielles, mais doivent constituer une alternative de choix réel. Ce n'est qu'ainsi que le processus de découverte des meilleures alternatives, formé par la concurrence, se produira véritablement.

Une alternative réelle se compose de plusieurs facteurs, qui font qu'il est indispensable que le marché ait une configuration structurelle appropriée pour garantir son existence. Cette configuration structurelle doit être garantie à travers l'existence effective de réseaux alternatifs, ce qui n'a pas été le cas jusqu'à présent.

SECTION 3

STRUCTURES SOCIALES : PAUVRETÉ ET ENVIRONNEMENT

Les effets sociaux du système de marché monopolistique contemporain ont deux caractéristiques.

Le premier effet concerne la pauvreté. Comme nous l'avons déjà vu (section 2, §2), le processus d'internationalisation monopoliste entraîne de graves effets sociaux aussi bien dans les pays développés que dans les pays en voie de développement. Ces effets sont tellement graves qu'il est possible d'apporter la preuve d'une relation directe entre l'ouverture des économies nationales et la participation de l'État dans l'économie. Comme Dani Rodrik le souligne lorsqu'il fait état de cette relation, la tentative de création d'un réseau de protection sociale par les États pour protéger les sociétés des déséquilibres économiques et sociaux causés par l'internationalisation des économies semble être la cause de ce phénomène³⁹.

Il en est ainsi du développement structurel du chômage. Tant dans les pays développés que dans les pays en développement, l'association du processus d'inter-

38. Cf. C. Salomão Filho, *Direito concorrencial - as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 349 et ss.

39. Cf. D. Rodrik, « Why do more open economies have bigger governments », *Journal of Political Economy*, 1998-10, vol. 106, n° 5, pp. 997 et ss. Cette étude permet de démontrer que l'internationalisation peut et doit cohabiter avec la participation importante de l'État dans l'économie. Néanmoins, on peut observer que même le réseau de protection identifié par Rodrik est en fait plus une protection pour les entreprises nationales que pour la société. En effet, Rodrik identifie une relation entre l'ouverture des économies et les dépenses gouvernementales pour l'acquisition de biens par l'État. Néanmoins, ces dépenses signifient souvent acquisition par l'État de produits ou de services d'initiative privée locale. Il n'est pas certain que l'effet social de ces dépenses permette de compenser les incertitudes économiques et les risques sociaux de l'internationalisation supportés par les populations locales. L'exemple des privatisations des services publics, liées à l'internationalisation des économies, démontre comment cette augmentation de la présence de l'État, lorsqu'elle n'est pas prévue, peut ne pas entraîner une augmentation de la protection économique et sociale de la population.

nationalisation avec celui de monopolisation crée des conditions propices au chômage. Dans les pays développés, la délocalisation des entreprises fondées sur le travail vers l'hémisphère Sud accompagnée du libre-échange, qui ne stimule que la production de biens capitalistes dans les pays développés, conduit à un chômage croissant. Les flux migratoires provoqués par les difficultés économiques des pays les plus pauvres ne font qu'aggraver la situation.

Dans les pays en voie de développement, le même phénomène se produit pour différentes raisons, mais surtout à cause des monopoles. Comme nous l'avons vu (cf. section 2, §2), le drainage des richesses et des ressources, qui existent depuis l'époque coloniale, se transforme et s'amplifie avec l'internationalisation. L'entrée de grands conglomerats étrangers dans les secteurs qui disposent d'une structure industrielle nationale, a pour effet de mettre en place des monopoles, au détriment des groupes nationaux qui existaient dans ces secteurs, puisque l'entreprise étrangère dispose en règle générale d'un avantage sur les entreprises nationales en matière technologique et financière (accès au capital). Cet avantage se traduit normalement par moins d'emploi de main-d'œuvre, ce qui explique la baisse de l'emploi dans ces secteurs.

Dans les secteurs qui n'ont pas encore de production locale ou dans lesquels l'État s'est retiré de l'activité économique, les monopoles s'insèrent dans l'économie. À cet égard, l'effet positif sur l'emploi n'est pas certain. En raison de la rationalisation monopoliste et de la recherche d'efficacité, les premières améliorations sur le marché du travail (contrats) sont rapidement suivies de nouvelles rationalisations, surtout après de nouveaux mouvements de concentration, et de nouveaux licenciements. Une fois le processus fini, on assiste à une nouvelle délocalisation de l'entreprise vers des régions où la main-d'œuvre est meilleur marché et ainsi de suite, de manière à toujours garantir l'existence d'importants contingents de main-d'œuvre non employée ou sous-employée.

Ces économies en développement exercent ainsi une influence internationale dans la définition d'un modèle de croissance économique dans l'organisation mondiale de l'économie. Croissance économique, pauvreté et inégalité sociale coexistent dans les hémisphères Nord et Sud.

Par ailleurs, il convient d'analyser une seconde caractéristique du système de marché monopolistique contemporain : les effets des nouvelles formes d'exercice de l'activité économique sur l'environnement.

En effet, les raisons qui conduisent à l'internationalisation des monopoles impliquent également une utilisation de l'environnement de manière prédatrice. La recherche de la réduction des coûts, déjà entreprise à travers le déplacement des entreprises, a des effets sur l'environnement. Pour les pays en voie de développement en particulier, l'utilisation prédatrice de l'environnement devient l'un des principaux moyens pour faire de la croissance économique et participer aux marchés internationaux.

Fondée sur l'efficacité productive, l'utilisation prédatrice de l'environnement se justifie d'un point de vue néoclassique.

Dans cette conception, s'ajoute à l'idée d'efficacité productive et son lien étroit avec la réduction des coûts, la conception selon laquelle la nature est un bien iné-

puisable et donc dépourvu de valeur⁴⁰. Cette absence d'attribution de valeur aux biens naturels, erreur fondamentale des modèles néoclassiques, est à l'origine de deux autres erreurs également graves.

Il s'agit, en premier lieu, de la mauvaise évaluation de l'importance des externalités sociales négatives créées par l'action prédatrice sur l'environnement. En raison de l'idée selon laquelle il est possible, à travers l'évolution technologique, de résoudre les problèmes causés à l'environnement par l'utilisation démesurée de la nature (combustibles fossiles, eau, etc.), la quasi-totalité des régimes juridiques existants pour contrôler la production de ces externalités se compose d'instruments de compensation — principalement la réparation des dommages. Le raisonnement qui a été fait s'agissant de la formation des monopoles s'applique ici aussi. La reconnaissance des effets sociaux négatifs de la structure devrait conduire à une régulation de sa propre constitution et de son fonctionnement (dans le cas du monopole, empêcher sa constitution, dans le cas de l'environnement, empêcher la production des dommages) et non pas à une compensation monétaire d'un phénomène irréversible.

C'est d'ailleurs sur le thème de l'irréversibilité que la théorie juridico-économique commet sa seconde erreur en ce qui concerne l'environnement. Les dommages sont en général irréversibles, tout comme l'utilisation de l'énergie crée aussi des effets irréversibles. Comme M. Latouche l'a signalé⁴¹, le non-respect des lois de l'entropie est particulièrement grave pour la régulation de l'environnement. Selon cette loi, la transformation de matière en énergie est irréversible. La prise en compte de l'irréversibilité devrait entraîner une limitation de la transformation de matière en énergie (y compris pour ses effets polluants) et favoriser l'utilisation d'une source directe et inépuisable d'énergie dans son état propre, comme les énergies solaire et éolienne. À cet égard, seules des règles structurelles-préventives et non comportementales-compensatoires sont efficaces pour éviter un effet qui, plus qu'irréversible, peut se révéler catastrophique.

En outre, la structure économique permet et encourage l'apparition d'une forme plus dangereuse de croissance économique. L'extrême pauvreté et l'exclusion (conséquences directes des structures économiques) conduisent à une exploitation et à une destruction progressives et incontrôlables de l'environnement. Par exemple, dans la forêt amazonienne brésilienne et les forêts tropicales d'Afrique et d'Asie, une grande partie de la destruction environnementale est provoquée par la population exclue de la procédure de développement économique et qui cherche des moyens pour survivre. Ces initiatives ne sont toutefois pas toujours individuelles. L'exploitation de l'excédent de main-d'œuvre appauvrie et exclue, par des groupes économiques nationaux et internationaux, entraîne souvent l'exploitation et la destruction des ressources naturelles abondantes dans ces régions. L'efficacité ou la diminution des coûts s'obtient grâce à la destruction environnementale.

Le problème structurel économique des monopoles et de la pauvreté (qui sont très liés) devient alors un problème environnemental, atteignant des proportions qui mettent en péril la continuité de l'espèce. Les problèmes juridiques en rapport avec la gestion de la pénurie croissante des ressources, y compris les ressources naturelles auparavant considérées comme inépuisables, ne seront résolus que par des dispositions originales détachées de l'idéologie, construisant ainsi un droit qui puisse intervenir de manière structurelle sur le fonctionnement du système économique.

40. La théorie économique néoclassique considère que le capital et le travail sont des biens épuisables, excluant la nature de leurs observations (G. Latouche, *Les dangers du marché planétaire*, op. cit., p. 69).

41. *Ibid.*, p. 70.