

Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence

Dernière modification : 30.06.2023

PDF créé le : 07.10.2026



COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

TABLE DES MATIÈRES

Vorb. zu Art. 58 – 59 LCart.....	5
Art. 58 LCart.....	23
Art. 59 LCart.....	31

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Vorb. zu Art. 58 – 59 LCart

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly / Giulia Sonderegger

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly/Giulia Sonderegger, Vorbemerkungen zu Art. 58–59 KG, in: Patrick Krauskopf (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

Citation abrégée: OK-Schneuwly/Sonderegger, N. XXX zu Vorb. zu Art. 58–59 KG.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités sur le chapitre 6.....	7
A. Champ d'application et délimitation	7
1. Délimitation par rapport au principe des effets	7
a. Définition des termes	7
b. Problématique de la coopération administrative limitée	8
c. Relation entre le principe des effets et le chapitre 6	9
2. Violation des règles de concurrence dans les accords internationaux	9
a. Normes de concurrence dans les accords internationaux.....	9
b. Exclusion de principe du droit de la concurrence directement applicable ..	10
B. Objectif diplomatique	10
C. Pertinence pratique en raison d'un champ d'application limité.....	11
II. Instruments de la coopération formelle.....	12
A. Accords de coopération entre la Suisse et l'UE	13
B. Convention AELE	13
C. Accord de libre-échange entre la Suisse et la Communauté économique européenne (ALE).....	14
D. Accord sur le transport aérien	15
E. Accords de l'OMC	15
1. Le GATT	16
2. L'AGCS	16
3. L'accord sur les ADPIC	16
III. Instruments de coopération informelle	17
A. OCDE	18
B. ICN	18
Matériaux	19
Bibliographie.....	19

I. GÉNÉRALITÉS SUR LE CHAPITRE 6

Les échanges économiques transfrontaliers sont protégés par la coopération internationale - et donc par la conclusion d'accords internationaux. Dans ce contexte, l'exécution des accords internationaux doit être surveillée et les éventuelles incompatibilités avec une restriction de la concurrence doivent être éliminées. Le chapitre 6 de la loi sur les cartels vise précisément à cela et prévoit des mesures concrètes pour éliminer une restriction de la concurrence incompatible, au cas où une telle restriction serait constatée lors de l'exécution d'un accord international. Plus précisément, il poursuit un objectif diplomatique ou vise à promouvoir la coopération internationale et à garantir la mise en œuvre au niveau national des normes de concurrence non directement applicables contenues dans les accords internationaux, afin d'éviter ainsi les conflits de politique commerciale.

A. Champ d'application et délimitation

Les articles 58 et 59 LCart s'appliquent lorsque des entreprises mettent en œuvre des pratiques illicites restreignant la concurrence en Suisse, mais dont les effets se font sentir uniquement ou en grande partie à l'étranger - en d'autres termes, des restrictions à la concurrence ayant des effets à l'étranger. Le chapitre 6 ne s'applique toutefois pas aux situations dans lesquelles des restrictions illicites à la concurrence ont lieu à l'étranger et ont des effets en Suisse ; dans de tels cas, il convient de se référer à l'art. 2 al. 2 LCart. A des fins de délimitation, le principe des effets (art. 2 al. 2 LCart) est brièvement présenté ci-après, avant d'aborder le champ d'application des accords internationaux et notamment des accords de libre-échange.

1. Délimitation par rapport au principe des effets

a. Définition des termes

En droit suisse, l'art. 2 al. 2 LCart définit le champ d'application territorial au moyen du principe dit des effets (effects doctrine). Ce principe autorise l'autorité nationale de la concurrence à appliquer sa souveraineté à tout fait ayant des effets sur son territoire, même si la pratique anticoncurrentielle ne se déroule pas sur son propre territoire. En conséquence, la loi suisse sur les cartels est appliquée de manière extraterritoriale lorsqu'une restriction de la

concurrence a des effets sur le territoire national. Cela peut conduire à une atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger, ce qui peut à son tour entraîner des conflits diplomatiques entre les Etats concernés, voire dégénérer en guerre commerciale. Pour éviter les conflits en cas d'application extraterritoriale du droit national de la concurrence, les États peuvent rédiger des accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux sur l'application des normes nationales de concurrence.

- 4 La question se pose donc de savoir dans quelle mesure le droit national de la concurrence d'un Etat peut exercer un contrôle sur les activités commerciales transfrontalières. En effet, les entreprises transnationales opèrent dans une relation tendue de dépendance nationale et il est difficile pour une autorité nationale de contrôler des activités qui dépassent les frontières de cet État. L'application extraterritoriale du droit national des cartels peut en outre - selon l'Etat - prendre des formes très différentes. Dans de telles situations transnationales, les Etats économiquement et politiquement plus faibles ne peuvent guère exiger l'application de leur propre ordre juridique (application extraterritoriale) contre des Etats plus importants ou plus forts.

b. Problématique de la coopération administrative limitée

- 5 L'application extraterritoriale du droit national de la concurrence se heurte au problème de la coopération limitée entre les autorités ou de la possibilité d'enquête limitée dans l'espace des autorités de la concurrence. Cela s'explique notamment par le fait que l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence n'est généralement pas autorisé. Conformément au principe de souveraineté, l'enquête sur une infraction à la concurrence incombe à l'autorité de concurrence nationale de l'Etat dans lequel la restriction de concurrence a été initiée. Si l'Etat à l'origine de l'infraction souhaite mener une enquête à l'étranger, il ne peut le faire que par le biais de l'entraide judiciaire. Si l'autorité de concurrence saisie ne coopère que de manière insuffisante ou refuse l'entraide judiciaire, l'Etat d'origine doit clore la procédure faute d'informations suffisantes sur le comportement de l'entreprise ou faute de preuve des effets restrictifs de la concurrence du comportement. C'est pourquoi il est d'autant plus important de disposer de mécanismes de coopération internationale garantissant l'échange d'informations sur les faits et la procédure.

c. Relation entre le principe des effets et le chapitre 6

Le chapitre 6 ne se réfère pas à l'application et au respect des règles de concurrence nationales aux restrictions de concurrence ayant des effets à l'étranger au sens du principe des effets. En règle générale, l'Etat d'impact sanctionnera la restriction à la concurrence ou l'autorité de concurrence étrangère appliquera son droit national de la concurrence directement et de manière extraterritoriale à l'égard des entreprises ayant leur siège en Suisse, sans recourir aux mécanismes de consultation prévus par les accords internationaux. Se pose donc la question de l'utilité des art. 58-59 LCart, qui sera analysée dans la section suivante.

2. Violation des règles de concurrence dans les accords internationaux

Outre le comportement restrictif de la concurrence en Suisse ayant des effets à l'étranger, il convient d'examiner s'il y a violation de normes de concurrence indirectement applicables.

a. Normes de concurrence dans les accords internationaux

Les art. 58 et 59 LCart ne constituent pas un droit matériel de la concurrence, mais soutiennent uniquement l'application de règles matérielles de concurrence dans les accords internationaux ou les accords de libre-échange qui ont pour but de supprimer les entraves au commerce. La Convention AELE, les accords de libre-échange de la Suisse avec la Communauté économique européenne (ALE) ainsi que les accords commerciaux de l'OMC en sont des exemples notables. Ces accords contiennent souvent des règles contre les restrictions privées à la concurrence, qui n'ont qu'une portée limitée. Cela s'explique par le fait que ces règles n'ont pas d'effet direct sur le plan du droit matériel et ne permettent pas non plus une véritable coopération internationale sur le plan du droit procédural, car elles n'autorisent pas l'échange d'informations confidentielles entre les autorités de la concurrence. Il est toutefois admis que les traités internationaux qui ne contiennent pas de règles de concurrence au sens de la loi sur les cartels, mais qui énumèrent des règles anti-dumping ou des dispositions générales de protection de la concurrence non discriminatoire, relèvent également du chapitre 6.

b. Exclusion de principe du droit de la concurrence directement applicable

- 9 Le chapitre 6 permet aux autorités suisses de mener des enquêtes et de prendre des mesures contre les restrictions à la concurrence qui ont leur origine en Suisse et qui enfreignent les règles de concurrence contenues dans les accords internationaux. Il vise en premier lieu les normes qui ne sont pas directement applicables (en anglais : non self executing), c'est-à-dire qui ne peuvent pas être imposées directement devant un tribunal. Le champ d'application comprend donc des parties d'accords internationaux qui nécessitent un mécanisme spécial pour être appliquées. En outre, les articles 58-59 LCart ne s'appliquent pas non plus lorsque l'accord (de libre-échange) prévoit des organes communs qui appliquent les règles matérielles de concurrence et règlent l'exécution de ces règles en droit national. En effet, comme Ducrey l'exprime clairement, aucune disposition légale d'exécution n'est nécessaire pour le droit international de la concurrence directement applicable, étant donné qu'il est déjà appliqué par les autorités nationales.
- 10 En d'autres termes, la COMCO est compétente pour réagir aux règles de self executing. Si un comportement restrictif de la concurrence en Suisse avec des effets à l'étranger est constaté, qui n'est pas fondé sur des règles de concurrence self executing, la COMCO a les mains liées et, conformément aux art. 58-59 LCart, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) doit intervenir.

B. Objectif diplomatique

- 11 Le droit de la concurrence fait partie intégrante de la politique économique d'un Etat et a pour objectif de protéger le mécanisme de la concurrence contre les dangers endogènes de la liberté économique. En premier lieu, la liberté ne doit pas être utilisée pour éliminer la concurrence sur les marchés. Dans les accords bilatéraux et internationaux, les États contractants s'engagent à respecter les dispositions matérielles du droit des cartels et à les faire appliquer sur leur territoire. Les articles 58 et 59 visent à garantir que la Suisse, en tant que partie à de tels accords, respecte ses engagements, car elle s'expose à des mesures de rétorsion en cas d'inaction.
- 12 Lors de l'évaluation de l'objectif du chapitre 6, il faut tenir compte du fait que le législateur avait initialement conçu la procédure spéciale pour l'exécution

des accords internationaux afin d'améliorer l'application des accords internationaux pertinents à l'époque dans l'ancienne LCB-62. C'est pourquoi il a introduit les dispositions des articles 42 et 43 dans la LCart-85. Il s'agissait de donner au CPS, avec l'accord du Département des affaires étrangères (DFAE), une marge de manœuvre dans les négociations afin de pouvoir intervenir diplomatiquement si un règlement à l'amiable avec l'État partie n'était pas obtenu dans les délais et si la Suisse était menacée de mesures de rétorsion. Ces dispositions ont encore été adaptées lors de la révision de 1995 et précisées aux articles 58-59 LCart.

En résumé, les art. 58-59 LCart entrent en ligne de compte lorsque la Suisse 13 veut poursuivre de sa propre initiative un objectif diplomatique et promouvoir la coopération internationale. Mais si l'objectif premier est que l'OMC puisse intervenir diplomatiquement, on peut se demander pourquoi il devrait être réservé aux seules dispositions non self executing. Par exemple, si la COMCO n'intervenait pas dans le cas d'une pratique restrictive ayant des effets à l'étranger, le non-respect des règles de concurrence dans les accords internationaux peut entraîner des désaccords internationaux, voire des mesures de rétorsion de la part d'autres États, qui nécessiteraient le cas échéant l'intervention du CPS. En outre, l'application des art. 58-59 LCart ne devrait pas dépendre du caractère aléatoire de la décision du Tribunal fédéral de déclarer une règle directement applicable ou non. Ce critère d'application semble en effet laissé à l'arbitraire.

C. Pertinence pratique en raison d'un champ d'application limité

Mamane et Amberg, par exemple, font remarquer de manière critique que le 14 champ d'application du chapitre 6 se limite aux cas "(i) dans lesquels les effets de fait d'un comportement ne se produisent qu'à l'étranger, ainsi qu'aux cas dans lesquels le comportement causé en Suisse et ayant des effets en Suisse et à l'étranger soit (ii) n'est pas qualifié de restrictif de la concurrence par le droit suisse des cartels, soit (iii) est qualifié de restrictif de la concurrence, mais ne peut pas être éliminé".

Comme nous l'avons déjà mentionné, les articles 58 et 59 LCart (art. 42-43 15 LCart-85) ont été édictés à l'origine dans le but de pouvoir s'attaquer, par le biais du droit national de la concurrence, aux comportements nationaux ayant des effets à l'étranger et qui violent les dispositions sur la concurrence des accords internationaux et notamment des accords de libre-échange. Ce but a

toutefois perdu beaucoup de sa pertinence en raison de l'application extraterritoriale croissante d'autres lois nationales sur les cartels et de l'harmonisation poussée du droit suisse des cartels avec les dispositions européennes, ainsi que de la convergence accrue des pratiques des principales nations commerciales en la matière.

- 16 Le fait que les normes n'entrent guère en ligne de compte s'explique probablement aussi par le fait que "les parties à un traité international règlent les éventuels problèmes entre elles de manière informelle, au lieu de mettre en route une procédure généralement lourde". On peut donc supposer que les art. 58 et 59 LCart ne gagneront guère en pertinence pratique à l'avenir, à moins que le champ d'application ne soit également étendu aux normes de self executing ou que la Suisse ne conclue de nouveaux traités internationaux.
- 17 Avec seulement deux cas d'application, l'importance secondaire des art. 58-59 LCart se reflète également dans la pratique. Les anciens articles 42 et 43 LCart-85 ont été appliqués pour la première fois en 1990, lorsqu'un producteur italien d'appareils sanitaires s'est plaint du comportement de concurrents suisses et a dénoncé une entrave à la libre circulation des marchandises. La Commission européenne a alors suivi la voie prévue par l'ALE et a éliminé le comportement anticoncurrentiel par un règlement à l'amiable selon les articles 42-43 de la LCart-85. En 1995, un autre cas s'est présenté : la COMCO a reçu des plaintes concernant une interdiction potentielle d'exportation de voitures du groupe Volkswagen vers la Suisse, qui n'était pas compatible avec l'ALE. Contrairement au premier cas, il s'agissait en premier lieu de l'application des normes de droit de la concurrence de l'ALE et non des articles 58-59 de la LCart. Les restrictions à l'importation ont finalement été éliminées par un règlement amiable entre la COMCO et les importateurs suisses d'automobiles.

II. INSTRUMENTS DE LA COOPÉRATION FORMELLE

- 18 Après avoir délimité le champ d'application du chapitre 6, il convient d'aborder les différents accords internationaux comportant des règles de concurrence non self executing. Les articles 58 et 59 LCart complètent en premier lieu les instruments de coopération formelle et informelle. Sont pertinents à cet égard les accords bilatéraux entre l'UE et la Suisse ainsi que d'autres accords de libre-échange qui contiennent des règles de concurrence tant matérielles que procédurales.

A. Accords de coopération entre la Suisse et l'UE

Pour les faits transfrontaliers qui se déroulent dans la région Europe, il est indispensable que la Suisse coopère avec l'UE. A cette fin, elles ont conclu un accord de coopération. Par exemple, le règlement CE 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité régit, notamment par ses articles 12 et 15, la coopération administrative au sein de l'UE. Ce règlement ne s'applique toutefois pas aux relations Suisse - UE ; c'est plutôt l'accord L 347/3 du 3 décembre 2014 entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la coopération dans l'application de leur droit de la concurrence qui régit l'échange d'informations entre la Suisse et l'UE. 19

B. Convention AELE

Les règles de concurrence de la Convention AELE se trouvent au chapitre VI. Elles sont consacrées aux tensions entre la politique commerciale et la politique de la concurrence et définissent à cet effet les pratiques anticoncurrentielles. Concrètement, les États membres doivent veiller à ce que les entreprises s'abstiennent de pratiques qui auraient pour effet de protéger la production nationale et qui seraient incompatibles avec la Convention AELE (art. 18 al. 1, let. a, de la Convention AELE). En outre, il convient d'interdire les discriminations (dans les échanges commerciaux, fondées sur la nationalité) pratiquées par des entreprises qui font obstacle aux avantages escomptés de la Convention AELE (art. 18, par. 1, let. b, de la Convention AELE). 20

Si un État membre estime que ses avantages découlant de l'accord sont menacés, il peut engager une procédure de règlement des différends (art. 46-48 de la Convention AELE). Cette procédure vise, dans un premier temps, à parvenir à une interprétation et à une application de l'accord à l'amiable (art. 47, par. 1, de la Convention AELE). Dans un deuxième temps, la procédure de consultation (art. 47 al. 2, en relation avec l'art. 43 al. 2, de la Convention AELE) doit permettre de remédier à la situation si la voie informelle échoue. Si la voie de consultation n'aboutit pas non plus à une solution, l'État membre peut engager une procédure d'arbitrage après 45 jours (art. 48, par. 1, de la Convention AELE). 21

C. Accord de libre-échange entre la Suisse et la Communauté économique européenne (ALE)

- 22 L'accord de libre-échange entre la Suisse et la Communauté économique européenne (ALE) a pour objectif de garantir la libre circulation des biens dans des conditions de concurrence équitables au sein de l'UE et de la Suisse et contient, à l'art. 23 ALE, des dispositions relatives au droit des cartels afin de protéger la concurrence dans la circulation des marchandises. Ainsi, les accords privés ou les pratiques concertées entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence en matière de production et de circulation des marchandises sont incompatibles avec les objectifs de l'accord (art. 23 al. 1, ch. i ALE). Est également incompatible avec les objectifs de l'accord l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur l'ensemble du territoire des parties contractantes ou dans une partie substantielle de celui-ci (art. 23, par. 1, ch. ii ALE) ; en d'autres termes, l'abus de position dominante. Même si ces deux dispositions sont proches des articles 101 et 102 TFUE, elles se distinguent du droit européen, premièrement, par leur nature juridique et leur fonction. Deuxièmement, il convient en outre de préciser que les comportements abusifs mentionnés ne s'appliquent qu'au domaine des échanges de marchandises et non au secteur des services ou des infrastructures. Troisièmement, toute aide d'État qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions est interdite (art. 23 al. 1, ch. iii, ALE). Sturmy souligne encore que lors de sa conclusion en 1972, l'ALE "couvre également des faits qui n'entrent pas du tout dans le champ d'application de la LCart suisse de l'époque, notamment les accords verticaux entre entreprises individuelles (contrats individuels) et les interdictions d'exportation".
- 23 Si une partie contractante estime que le comportement d'une entreprise enfreint l'art. 23 al. 1 ALE et met en danger les objectifs contractuels de l'ALE, elle peut prendre des mesures appropriées conformément aux conditions et procédures définies à l'art. 27 ALE (art. 23 al. 2 ALE). Concrètement, la partie contractante peut initier le mécanisme de règlement des différends prévu par l'ALE en faisant appel au comité mixte (art. 27, par. 2, ALE), qui est composé de représentants de la Suisse et de l'UE. Les parties contractantes fournissent au comité mixte toutes les informations et l'assistance utiles en vue

d'examiner le cas et, le cas échéant, d'éliminer la pratique contestée (art. 27, par. 3, let. a, ALE).

Si le Comité mixte constate que la pratique d'une entreprise est incompatible avec l'ALE, l'Etat d'origine - sur le territoire duquel a lieu la pratique contestée - doit y mettre fin. Si l'Etat d'origine n'agit pas dans le délai fixé par le Comité mixte ou ne met pas fin à la pratique contestée ; ou si aucun accord n'est trouvé dans les trois mois suivant la saisine du Comité mixte, des mesures de sauvegarde - telles que le retrait des concessions tarifaires - peuvent être prises pour remédier aux graves difficultés résultant desdites pratiques (art. 27, par. 3, let. a, ALE). 24

D. Accord sur le transport aérien

L'interdiction des accords de concurrence (art. 8 ATA) et l'interdiction d'abuser d'une position dominante (art. 9 ATA) sont tirées mot pour mot des art. 101 et 102 TFUE. Elles sont directement applicables et ne nécessitent pas les articles 58 et 59 LCart pour être invoquées en cas de violation éventuelle des règles de concurrence mentionnées. L'organisation de la coopération entre les États membres est définie dans les règles de procédure (art. 19 ATA). Celles-ci stipulent que toutes les informations nécessaires sont transmises aux parties contractantes et que les États membres se prêtent mutuellement assistance lors de l'examen d'éventuelles infractions. 25

E. Accords de l'OMC

Enfin, il convient également d'examiner la compatibilité des pratiques avec les accords de l'OMC. L'OMC a été créée en 1995 pour succéder à l'accord GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) conclu en 1948. Elle constitue le cadre institutionnel de divers accords multilatéraux et englobe, outre les réglementations sur le commerce des marchandises contenues dans le GATT, notamment le droit des services (General Agreement on Trade in Services ; GATS) ainsi que les droits de propriété intellectuelle (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights ; TRIPS). Les règles de l'OMC doivent être considérées comme des règles de concurrence indirectes dans la mesure où elles visent à prendre des mesures de politique commerciale contre les actions des États qui limitent ou faussent la concurrence étrangère sur le marché des biens ou des services. 26

1. Le GATT

- 27 L'accord du GATT - qui a été créé en 1948 en tant que précurseur de l'OMC - a servi en premier lieu d'instrument de libéralisation du commerce. Dans ce contexte, des règles ont été édictées dans le cadre du GATT, qui servaient avant tout à réduire les droits de douane et autres barrières commerciales et à sécuriser les relations commerciales internationales, et qui ont été développées au fil des ans. Aujourd'hui, il comprend notamment l'interdiction des monopoles d'importation (art. II, paragraphe 4, du GATT), l'égalité de traitement des produits nationaux en matière d'imposition et d'autres dispositions légales (art. III du GATT) et les restrictions quantitatives à l'importation (art. XI du GATT). Le GATT, ainsi que l'AGCS expliqué ci-après, n'offrent qu'une protection limitée contre la discrimination dans le cadre du droit de la concurrence.

2. L'AGCS

- 28 L'AGCS contient également des règles de concurrence indirectes contre les actions gouvernementales susceptibles de restreindre la concurrence étrangère sur le marché des services. En d'autres termes, le GATT prévoit certaines dispositions qui permettent de contester les restrictions privées à la concurrence si elles sont couvertes par l'État et rendent l'accès au marché national plus difficile pour les concurrents étrangers. Par exemple, l'art. VIII de l'AGCS garantissent que les entreprises nationales respectent le principe de la nation la plus favorisée (art. I du GATT) lorsqu'elles fournissent des services dans le cadre de droits exclusifs et qu'elles ne se comportent pas de manière anticoncurrentielle en dehors du secteur de monopole concerné. En outre, l'art. IX, paragraphe 1, de l'AGCS stipule que les fournisseurs de services peuvent se livrer à d'autres pratiques commerciales susceptibles de restreindre la concurrence. En invoquant l'art. IX.2 de l'AGCS, un Etat membre peut alors engager une consultation dans ce contexte afin de remédier aux pratiques anticoncurrentielles dans l'Etat partie.

3. L'accord sur les ADPIC

- 29 L'Accord sur les ADPIC a pour objectif d'harmoniser les droits de propriété intellectuelle. A cette fin, l'accord oblige ses parties contractantes à respecter les droits de propriété industrielle et à respecter les droits de monopole, ce qui les incite à créer et à diffuser des connaissances. L'accord n'a donc pas

pour objectif premier de clarifier la relation très complexe entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle. Néanmoins, la pertinence de l'accord pour le droit de la concurrence est indéniable.

L'article 8 de l'Accord sur les ADPIC, par exemple, montre combien il est important d'interdire les situations anticoncurrentielles qui peuvent résulter de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle. C'est la raison pour laquelle l'art. 8 al. 2 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que les parties contractantes peuvent prendre des mesures appropriées lorsque de telles mesures sont nécessaires pour empêcher l'abus des droits de propriété intellectuelle par le titulaire du droit ou le recours à des pratiques qui restreignent indûment le commerce ou affectent négativement le transfert international de technologie. La norme ne définit toutefois pas spécifiquement le comportement restrictif de la concurrence. 30

L'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, consacré à l'octroi de licences obligatoires, qui, selon son titre, peut conduire à d'autres utilisations sans le consentement du titulaire du droit, est également pertinent pour le droit de la concurrence. Selon cet article, l'octroi de licences obligatoires est une manière de traiter les cas où des pratiques anticoncurrentielles peuvent se produire en relation avec l'exploitation de brevets. 31

Enfin, l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC aborde la question de la concession de licences de propriété intellectuelle et reconnaît, au paragraphe 1, que les pratiques de concession de licences restrictives de la concurrence peuvent affecter le commerce et entraver le transfert et la diffusion de la technologie. C'est pourquoi l'article 40, paragraphe 2, première phrase de l'Accord sur les ADPIC autorise les parties contractantes à prendre des contre-mesures appropriées, en conformité avec les autres dispositions de l'accord. 32

III. INSTRUMENTS DE COOPÉRATION INFORMELLE

Outre les instruments formels, il existe également des mécanismes de coopération plus informels qui peuvent favoriser la coopération entre différentes autorités de concurrence et offrir une possibilité d'échange. Ces instruments ne constituent toutefois pas un motif d'exigence pour les États membres, mais visent uniquement à les soutenir. Ils servent en premier lieu à 33

développer le droit de la concurrence et à discuter des défis mondiaux et nationaux en séance plénière.

A. OCDE

- 34 L'OCDE a pour objectif principal de promouvoir la coopération et le développement économiques. Elle offre notamment un forum important pour le développement et l'application efficace du droit national de la concurrence et joue un rôle central dans le débat sur l'internationalisation et l'harmonisation du droit de la concurrence. Elle a par exemple créé en 2001 le Forum mondial de la concurrence afin de rassembler les autorités antitrust du monde entier. En outre, le Comité de la concurrence de l'OCDE émet régulièrement des recommandations non contraignantes et se penche régulièrement sur des thèmes très actuels qui posent de nouveaux défis au droit de la concurrence (comme la numérisation). Ces recommandations font l'objet d'une grande attention dans le domaine du droit des cartels et sont généralement considérées comme des sources faisant autorité, que ce soit par les autorités de la concurrence, les praticiens ou les universitaires.

B. ICN

- 35 Le Réseau international de la concurrence (RIC) a été créé en 2001 et sert de forum informel permettant aux autorités nationales et multinationales de la concurrence du monde entier d'échanger des informations sur leur politique de concurrence et de parvenir à une certaine convergence sur les questions fondamentales de l'application et du respect du droit de la concurrence. L'échange d'expériences vise à discuter des problèmes pratiques qui peuvent se poser, notamment dans les affaires de concurrence internationales. Dans ce contexte, le groupe de travail du RIC publie régulièrement des recommandations non contraignantes sous la forme de "Recommended Practices" ou de "Guiding Principles", qui sont souvent utilisées comme lignes directrices par les autorités de la concurrence et contribuent ainsi à rapprocher les pratiques d'application des autorités antitrust. La COMCO fait également partie du réseau et participe régulièrement à des conférences telles que la "Annual ICN Conference".

MATÉRIAUX

Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) vom 19.9.1994, BBl 1994 IV S. 1 ff. (zit. Botschaft WTO 1994).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl 1981 S. 1293 (zit. Botschaft KG 1981).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I S. 468 (zit. Botschaft KG 1994).

Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Evaluation gemäss Art. 59a KG: Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden, Projektbericht P8, 23.12.2008 (zit. Evaluationsgruppe Kartellgesetz).

BIBLIOGRAPHIE

Amstutz Marc/Gohari Ramin, Kommentierung zu Art. 4 KG, in: Amstutz Marc/Reiner Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Amstutz/Gohari).

Basedow Jürg, Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Hamburg 1998.

Baldi Marino, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG), in: Zäch Roger (Hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern et al. 1989, S. 279–308.

Borer Jürg, Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK-Borer).

Cottier Thomas/Meitinger Ingo, The TRIPs Agreement without a Competition Agreement?, Fondazione Eni Enrico Mattei Working Paper No. 65–99, abrufbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=200622>, besucht am 25.5.2023.

Cottier Thomas/Oesch Matthias, Die unmittelbare Anwendbarkeit von GATT/WTO-Recht in der Schweiz, in: SZIER 2004, S. 121–154.

Dabbah Maher M., International and Comparative Competition Law, New York 2010.

Drolshammer Jens Ivar, Wettbewerbsrecht: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1996.

Ducrey Patrik, Vorbemerkungen zu Art. 58 und 59, in: Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Kommentar zum KG).

Freund Benedikt, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Freund).

Heinemann Andreas, Das Kartellrecht des geistigen Eigentums im TRIPS-Übereinkommen der Welthandelsorganisation, GRUR Int. 1995, S. 535–539.

Heizmann Reto/Mayer Michael, Kommentierung zu Art. 2 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Heizmann/Mayer).

Homburger Eric, Kommentierung zu Art. 42 aKG, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1990.

Immenga Ulrich, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, in: Tietje Christian/Kraft Gerhard/Sethe Rolf (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 31, Oktober 2004 (abrufbar unter https://opendata.uni-halle.de/bitstream/1981185920/76469/1/BeitraegeTWR_31.pdf, besucht am 25.5.2023).

Kearns Jason E., International Competition Policy and the Gats: A Proposal to Address Market Access Limitations in the Distribution Services Sector, in: University of Pennsylvania Journal of International Economic Law (2) 22/2001, S. 285 ff.

Mamane David/Amberg Karin, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Mamane/Amberg).

Martenet Vincent/Heinemann Andreas, *Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Genf 2021.

Matsushita Mitsuo/Schoenbaum Thomas J./Mavroidis Petros C./Hahn Michael, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, 3. Aufl., Oxford 2017.

Merkt Benoît, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence*, Neuenburg 2000.

Merkt Benoît, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Merkt).

Nüesch Sabina, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK-Nüesch).

Oeter Stefan/Petersen Anna, *WTO und Wettbewerb*, in: Hilf Meinhard/Oeter Stefan (Hrsg.), *WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels*, 1. Aufl., Baden-Baden 2005, S. 623–635.

Reinert Peter, Kommentierung zu Art. 58, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz*, Zürich 2007 (zit. SHK-Reinert).

Stoffel Walter A., *Die schweizerische Wettbewerbspolitik im internationalen Kontext*, in: Zäch Roger (Hrsg.), *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich 2006, S. 1 ff.

Sturny Monique, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht*, Bern 2013.

Sturny Monique, *Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht*, in: Cottier Thomas (Hrsg.), *Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz*, *Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Beiheft 50, 2012, 107 ff. (zit. Sturny, *europäisches Kartellrecht*).

Schürmann Leo, Kommentierung zu Art. 42 aKG, in: Schürmann Leo/Schluep Walter (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar, Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz (KG + PüG)*, Zürich 1988.

Terhechte Philipp, WTO und Wettbewerb, in: Hilf Meinhard/Oeter Stefan (Hrsg.), WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl., Baden-Baden 2010, S. 643–661.

Wagner-von Papp Florian, Internationales Wettbewerbsrecht, in: Tietje Christian/Nowrot Karsten (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin et al. 2022, S. 605 ff.

Weber Rolf H., Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: von Büren Roland/Lucas David (Hrsg.), Band V/2: Kartellrecht (Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Basel 2000, S. 1–54 (zit. Weber, V/2 SIWR).

Wurmnest Wolfgang, Kommentierung zu Art. 6 Rom II-VO, in: von Hein Jan (Hrsg.) Münchener Kommentar BGB, Bd. 13, Internationale Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, 8. Aufl., München 2021 (zit. MüKoBGB-Wurmnest).

Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005.

Zurkinden Philipp, Extraterritoriale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts zwischen der Schweiz und der EU, in: Schmeling Manfred/Veith Michael (Hrsg.), Universitäten in europäischen Grenzräumen / Universités et frontières en Europe: Konzepte und Praxisfelder / Concepts et pratiques, Bielefeld 2015, S. 283–296. (zit. Zurkinden, Extraterritoriale Anwendung).

Zurkinden Philipp, Ausführung internationaler Abkommen, in: von Büren Roland/Lucas David (Hrsg.), Band V/2: Kartellrecht (Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Basel 2000, S. 533–545 (zit. Zurkinden, V/2 SIWR).

Zurkinden Philipp/Wenger Boris, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, S. 1327–1338.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 58 LCart

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly / Giulia Sonderegger

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly/Giulia Sonderegger, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Patrick Krauskopf (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

Citation abrégée: OK-Schneuwly/Sonderegger, N. XXX zu Art. 58 KG.

Chapitre 6 Exécution d'accords internationaux

Art. 58 Établissement des faits

¹ Lorsqu'une partie à un accord international fait valoir qu'une restriction à la concurrence est incompatible avec l'accord, le DEFR peut charger le secrétariat de procéder à une enquête préalable.

² Sur proposition du secrétariat, le DEFR décide de la suite à donner à l'affaire. Il entend auparavant les intéressés.

TABLE DES MATIÈRES

I. Aperçu de l'objectif de la norme 25

II. Compétence..... 25

III. Procédure..... 25

 A. Initiation 26

 B. Enquêtes préalables et dépôt de demandes 26

 C. Adoption de mesures 27

IV. Applicabilité contestée de la PA à la procédure 27

Matériaux 28

Bibliographie..... 28

I. APERÇU DE L'OBJECTIF DE LA NORME

L'art. 58 LCart est la norme de compétence pour une intervention des 1
autorités suisses en cas d'infractions à la concurrence ayant leur origine en
Suisse et dont l'incompatibilité avec un accord international est invoquée par
une partie contractante. Cette disposition définit les autorités compétentes
pour traiter de tels faits ainsi que la procédure applicable à cet effet.

II. COMPÉTENCE

Contrairement à la procédure ordinaire de la loi sur les cartels, l'art. 58 LCart 2
ne désigne pas la COMCO comme compétente pour établir les faits, mais le
Département de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR). La
raison de cette répartition des compétences est que le DEFR négocie et
conclut des accords internationaux - comme l'accord de libre-échange - et est
ainsi plus proche des parties contractantes. Cette répartition des
compétences est particulièrement judicieuse compte tenu de la finalité
diplomatique du chapitre 6 LCart.

En règle générale, le DEFR est représenté par le Secrétariat d'Etat à 3
l'économie (SECO). Conformément à l'art. 58 al. 1 LCart, le DEFR peut
charger le secrétariat de la Commission de la concurrence de procéder à une
enquête préalable. Cela doit permettre de garantir le transfert de
connaissances de l'autorité de la concurrence lors de l'établissement des faits.
La COMCO n'est toutefois pas elle-même impliquée dans la procédure.
Contrairement à la procédure ordinaire en matière de concurrence selon l'art.
23 LCart, le secrétariat n'est par conséquent pas subordonné à la COMCO,
mais au DEFR et n'intervient que sur demande de ce dernier. En outre, le
CER peut uniquement charger le secrétariat d'une enquête préliminaire, et
non d'une enquête comme le prévoit l'art. 27 LCart. Le secrétariat ne peut
donc pas ouvrir d'enquête comme le prévoit l'art. 27 LCart.

III. PROCÉDURE

L'art. 58 LCart peut être subdivisé en plusieurs étapes procédurales : 4

A. Initiation

- 5 La procédure au sens du chapitre 6 n'est pas déclenchée par l'initiative propre du CFC, mais la violation de la concurrence doit être invoquée par une partie à un accord international. En d'autres termes, le FC n'intervient que si l'une des parties à l'accord dénonce une restriction incompatible à la concurrence. En présence d'une plainte officielle, c'est-à-dire si la partie contractante de l'accord international fait valoir une restriction à la concurrence incompatible avec l'accord international, il appartient au DEFR d'apprécier s'il souhaite même ouvrir une enquête préalable. Ce pouvoir d'appréciation revient à l'OFAE, car l'art. 58 al. 1 LCart est une "disposition potestative". Toutefois, si les allégations avancées par la partie étrangère ne sont pas totalement infondées, l'OMC devrait en règle générale charger le secrétariat de la COMCO de procéder à une enquête préalable. D'une manière générale, l'autorité est toutefois libre de régler le différend également par des négociations diplomatiques. A cet égard, le CERF dispose d'une grande marge de manœuvre.

B. Enquêtes préalables et dépôt de demandes

- 6 Si le département a décidé, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, d'ouvrir une enquête préliminaire, il peut charger le secrétariat d'établir les faits. Les enquêtes préalables ont pour but d'instruire les représentants des organes compétents désignés par l'accord international sur la situation de fait en Suisse. Concrètement, elles servent à donner aux représentants suisses au sein de l'organe compétent une base de décision pour la suite de la procédure.
- 7 Lorsque les clarifications préalables sont terminées, le secrétariat adresse une proposition au DEFR pour qu'il décide de la suite à donner (art. 58 al. 2 LCart). Cette demande ne nécessite pas de débat juridique sur l'admissibilité du comportement concurrentiel avec l'accord international ; cette évaluation juridique relève plutôt de la compétence des organes mentionnés dans l'accord. La raison en est que ce n'est pas la compatibilité du comportement avec la LCart qui est examinée, mais celle avec les règles de concurrence de l'accord international.

C. Adoption de mesures

Le département décide finalement, en tenant compte de l'examen des faits 8 par le secrétariat, des mesures à prendre pour remédier aux pratiques contestées et échapper à d'éventuelles mesures de rétorsion. D'une manière générale, le DEFR est libre soit de remédier à la situation conflictuelle par des voies informelles, soit d'appliquer les mesures énumérées à l'art. 59 LCart.

IV. APPLICABILITÉ CONTESTÉE DE LA PA À LA PROCÉDURE

La question de savoir si les dispositions de procédure de la PA s'appliquent à 9 la procédure d'enquête préalable du secrétariat et à l'audition des parties par le DEF n'est pas définitivement tranchée.

Une partie de la doctrine se prononce, sous réserve de l'art. 39 LCart, en 10 faveur de l'application de la PA. Cette approche est justifiée par la protection étendue des parties et le respect de leurs droits, garantis par les règles de procédure établies. En revanche, une autre partie de la doctrine défend le point de vue selon lequel l'art. 58 LCart devrait être interprété comme établissant un droit procédural sui generis qui prime sur l'application de la PA. Selon cette doctrine, les règles de procédure spéciales de l'art. 58 LCart ont donc la priorité sur l'application des règles de procédure de la LCart et de la PA. Enfin, elles servent de mécanisme de négociation rapide et, le cas échéant, informel, nécessaire à l'exécution des obligations internationales. En conséquence, selon cette conception, l'enquête préliminaire n'a pas lieu au sens d'une "enquête préliminaire ordinaire" selon l'art. 26 LCart. Une telle interprétation de la procédure a également pour conséquence que la demande du Secrétariat à l'OMC ne constitue pas une demande formelle, mais plutôt une sorte de communication contre laquelle aucun recours ne peut être déposé. Selon cette conception, un recours ne pourrait être déposé que si une décision relative aux mesures susceptibles d'éliminer l'incompatibilité était rendue conformément à l'article 59 alinéa 2 LCart. Or, l'OMC ne peut rendre une telle décision qu'après l'échec des efforts déployés pour parvenir à un règlement à l'amiable. Un autre argument contre la primauté des règles de procédure spéciales et en faveur de l'applicabilité de la PA est que, si une décision est finalement rendue en vertu de la PA, il est en principe judicieux d'appliquer ces règles à l'ensemble de la procédure.

- 11 Le désaccord sur les règles de procédure à appliquer semble inévitable compte tenu du contexte international et extrapolitique particulier dans lequel évolue le chapitre 6 et souligne le dilemme que le chapitre 6 tente de résoudre : d'une part, il s'agit de mettre à la disposition des autorités suisses un instrument flexible qui puisse être utilisé même en cas d'urgence temporelle, afin de protéger ainsi le but diplomatique du chapitre 6. D'autre part, la protection juridique des parties doit être garantie. Ces deux objectifs contradictoires ne permettent pas de trouver une solution entièrement satisfaisante qui offre à la fois la flexibilité temporelle nécessaire et la protection juridique étendue des parties.

MATÉRIAUX

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl 1981 S. 1293 (zit. Botschaft KG 1981).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I S. 468 (zit. Botschaft KG 1994).

BIBLIOGRAPHIE

Baldi Marino, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG), in: Wirtschaft und Recht, Jg. 41, Heft 1, 1989, S. 54–69.

Borer Jürg, Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK-Borer).

Drolshammer Jens Ivar, Wettbewerbsrecht: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1996.

Ducrey Patrik, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Kommentar zum KG-Ducrey).

Freund Benedikt, Vorbemerkungen zu Art. 58–59 KG und Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Freund).

Mamane David/Amberg Karin, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Mamane/Amberg).

Merkt Benoît/Metzger Philippe, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Merkt/Metzger).

Nüesch Sabina, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 1. Aufl., Basel 2010 (BSK-Nüesch).

Reinert Peter, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Baker & McKinzey (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Zürich 2007 (zit. SHK-Reinert).

Zurkinden Philipp/Trüb Hans R., Das neue Kartellgesetz: Handkommentar, Zürich 2004.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 59 LCart

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly / Giulia Sonderegger

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly/Giulia Sonderegger, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Patrick Krauskopf (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

Citation abrégée: OK-Schneuwly/Sonderegger, N XXX zu Art. 59 KG.

Art. 59 Suppression des incompatibilités

¹ Si, dans l'exécution d'un accord international, il est constaté qu'une restriction à la concurrence est incompatible avec l'accord, le DEFR peut, d'entente avec le Département fédéral des affaires étrangères, proposer aux parties concernées un accord amiable en vue de la suppression de l'incompatibilité.

² Si un accord amiable ne peut être réalisé à temps et qu'une partie à l'accord international menace de prendre des mesures à l'encontre de la Suisse, le DEFR peut, d'entente avec le Département fédéral des affaires étrangères, ordonner les mesures nécessaires à la suppression de la restriction à la concurrence.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction.....	33
II. Identification de l'incompatibilité	33
III. Possibilités d'action	34
A. Règlement amiable (al. 1)	34
B. Mesures nécessaires (al. 2).....	35
IV. Relation entre l'al. 1 et l'al. 2.....	36
V. Règles de procédure	36
Matériaux	36
Bibliography.....	37

I. INTRODUCTION

Alors que l'art. 58 LCart régit les dispositions relatives à la compétence et à la 1
procédure d'établissement des faits, l'art. 59 LCart met en lumière les
possibilités d'action de l'OMC en cas de constatation d'une incompatibilité
par l'organe prévu par l'accord international. En d'autres termes, cet article
traite de la manière dont une restriction de concurrence incompatible avec
l'accord international en question peut être éliminée sur le plan national.
L'article 59 LCart prévoit deux possibilités d'action : Une incompatibilité peut
être éliminée par un règlement amiable au sens de l'al. 1 ou, si un règlement
amiable n'est pas conclu à temps, l'OMC peut prendre d'autres mesures
conformément à l'al. 2. Mais avant que l'OFC ne puisse éliminer une
incompatibilité, les organes désignés dans l'accord international doivent
d'abord constater une telle incompatibilité, ce qui est analysé dans la section
suivante.

II. IDENTIFICATION DE L'INCOMPATIBILITÉ

Pour que l'art. 59 LCart soit applicable, il convient dans un premier temps de 2
déterminer s'il existe une incompatibilité entre la restriction à la concurrence
et les règles matérielles de l'accord international en question. Les règles
matérielles prévues par l'accord international en question sont déterminantes
pour constater une incompatibilité. L'"incompatibilité" n'est pas synonyme
d'illégalité. Selon l'article 23, paragraphe 1 de l'ALE, les restrictions de
concurrence sont par exemple considérées comme incompatibles avec le bon
fonctionnement de cet accord si elles sont "susceptibles d'affecter les
échanges de marchandises entre la Communauté et la Suisse". De même,
l'article 18, paragraphe 1, de l'AELE stipule que sont incompatibles avec
l'accord les pratiques qui "font échec aux avantages escomptés de l'accord". Il
ressort de ces deux exemples que l'article 59 LCart vise en grande partie à
éliminer les comportements préjudiciables, à réduire les avantages
commerciaux, voire à les annihiler. En d'autres termes, le terme
"incompatibilité" fait référence à un comportement restrictif de la
concurrence qui affecte les avantages commerciaux découlant directement ou
indirectement de l'accord international et menace ainsi le fonctionnement
d'une concurrence effective.

- 3 La compétence de la clarification juridique de l'incompatibilité incombe uniquement à l'organe prévu par l'accord correspondant (par ex. sous la forme d'un conseil ou d'un comité mixte). Concrètement, les organes compétents doivent déterminer s'il existe une restriction de la concurrence au sens de l'accord et si la restriction est incompatible avec l'accord. Comme ces organes sont souvent composés de représentants de toutes les parties contractantes, on peut supposer qu'en cas de conflit, la Suisse tiendrait compte des résultats de l'enquête préalable selon l'art. 58 al. 1 LCart dans la prise de décision de l'organe.
- 4 Si les organes compétents identifient une incompatibilité avec l'accord international, il incombe aux autorités suisses d'examiner si et par quelles mesures cette incompatibilité peut être éliminée. En d'autres termes, dès lors qu'une incompatibilité est identifiée, l'appréciation des faits et des effets du comportement en termes de politique de concurrence et de politique commerciale dépend exclusivement des autorités suisses. Une fois l'incompatibilité constatée par les organes prévus par l'accord international, il y a donc un transfert de compétences de ces organes vers le WBF.

III. POSSIBILITÉS D'ACTION

- 5 Si l'incompatibilité du comportement restrictif avec l'accord international en question est constatée, le WBF dispose des possibilités d'action suivantes :

A. Règlement amiable (al. 1)

- 6 Conformément à l'art. 59 al. 1 LCart, le DEFR peut, en accord avec le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), proposer aux parties concernées un règlement à l'amiable. L'accord du DFAE est supposé, car ces cas touchent toujours à des aspects de politique extérieure pour lesquels le DFAE est parfois compétent.
- 7 Le terme "participants" utilisé à l'art. 59 al. 1, et à l'art. 58 al. 2, se réfère en premier lieu - comme à l'art. 29 LCart - aux entreprises qui ont provoqué la restriction à la concurrence. L'interprétation de la notion de "participants" découle du fait que seules ces entreprises peuvent également éliminer la restriction à la concurrence. Une partie de la doctrine est toutefois d'avis que les parties lésées par le comportement restreignant la concurrence doivent également être considérées comme des participants.

Comme à l'art. 29 LCart, le législateur utilise à l'art. 59 LCart le terme de "règlement amiable". Contrairement à l'art. 29 al. 2 LCart, ni le libellé de l'art. 59 al. 1 LCart ni les messages ne prévoient de prescriptions de forme. Par conséquent, il n'est pas présupposé que l'accord à l'amiable nécessite la forme écrite. Même si, pour des raisons politiques, il peut être compréhensible qu'une prescription de forme puisse entraver les négociations, il convient, pour des raisons de sécurité juridique, que cet accord à l'amiable se fasse par écrit et soit publié. 8

L'art. 59 LCart ne s'exprime sur le fond que dans la mesure où le règlement amiable a pour but d'éliminer l'incompatibilité, ce qui doit empêcher d'éventuelles mesures de rétorsion à l'égard de la Suisse. Par conséquent, le règlement amiable doit tenir compte du contenu matériel de la disposition de l'accord international relative à la concurrence en question. Cela sert généralement l'objectif général de garantir l'application des engagements internationaux dans le domaine du droit de la concurrence. 9

La question de savoir si et dans quelle mesure il sera fait usage d'un règlement amiable dépendra entre autres de la manière dont le régime des délais de l'accord international en question est conçu. En outre, la volonté de coopération des autres parties contractantes concernant la négociation d'un règlement à l'amiable avec les personnes concernées est également déterminante. 10

B. Mesures nécessaires (al. 2)

S'il y a urgence, c'est-à-dire qu'un règlement amiable ne peut pas être adopté à temps et que des mesures de rétorsion concrètes menacent, le DEF peut, conformément à l'art. 59 al. 2 LCart, ordonner, en accord avec le DFAE, des mesures nécessaires à l'élimination de la restriction à la concurrence. Deux conditions doivent être remplies à cet effet : (i) le délai prévu dans l'accord international n'est pas respecté et (ii) la Suisse est menacée de mesures de rétorsion de la part des parties contractantes, ce qui rend impossible un règlement en temps utile. Ces conditions doivent être appliquées de manière cumulative, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas que le délai formel ne soit pas respecté, mais que rien n'indique qu'une partie contractante va initier des mesures de rétorsion. A l'inverse, cela signifie également que la condition cumulative donne aux entreprises concernées la possibilité de refuser temporairement de conclure un accord à l'amiable afin de renforcer leur 11

position de négociation jusqu'à la concrétisation potentielle des mesures de rétorsion. Conformément à l'art. 59 al. 2 LCart, il appartient au DEFR - à nouveau en accord avec le DFAE - d'évaluer quelle mesure il juge nécessaire pour lever l'incompatibilité. La mesure doit toutefois être appropriée pour éliminer l'incompatibilité et résoudre le conflit. Par conséquent, il n'est pas possible d'adopter n'importe quelle mesure, mais uniquement celles qui sont nécessaires pour éliminer l'incompatibilité et qui permettent d'éviter d'éventuelles mesures de protection (par exemple la suspension de concessions commerciales) de la partie contractante. Il convient de préciser que même si les articles 58 et 59 LCart prévoient une procédure spécifique, différente de la procédure ordinaire, ce sont en pratique les mêmes mesures que celles prévues à l'article 30 LCart qui sont utilisées.

IV. RELATION ENTRE L'AL. 1 ET L'AL. 2

- 12 L'art. 59 al. 1 LCart étant une disposition "potestative", il n'y a pas d'obligation d'éliminer le comportement restrictif de la concurrence par un accord amiable. Si un règlement amiable n'est pas conclu à temps ou si la Suisse est menacée de mesures de rétorsion par la partie contractante, le DEFR peut, en accord avec le DFAE, prendre les mesures nécessaires pour éliminer la restriction à la concurrence (art. 59 al. 2 LCart). Il faut en déduire que le règlement à l'amiable selon l'art. 59 al. 1 LCart a généralement la priorité sur les mesures au sens de l'art. 59 al. 2 LCart. C'est également ce qui ressort du message LCart 1994, selon lequel l'alinéa 2 ne s'applique effectivement que lorsqu'il existe une urgence temporelle nécessitant d'autres mesures de protection pour contenir la situation.

V. RÈGLES DE PROCÉDURE

- 13 Conformément à l'art. 1 al. 2 let. a PA, les dispositions de la PA s'appliquent à la procédure du WBF. La décision rendue par le CERF est une décision formelle au sens de l'art. 5 PA. Conformément à l'art. 33 let. d LTAF, celle-ci peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral.

MATÉRIAUX

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl 1981 S. 1293 (zit. Botschaft KG 1981).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I S. 468 (zit. Botschaft KG 1994).

BIBLIOGRAPHY

Baldi Marino, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG), in: Zäch Roger (Hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern et al. 1989, 279–308.

Beuret Carla, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Beuret).

Borer Jürg, Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK-Borer).

Drolshammer Jens Ivar, Wettbewerbsrecht: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1996.

Ducrey Patrik, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Kommentar KG-Ducrey).

Ducrey Patrik/Carron Benoît, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Ducrey/Carron).

Freund Benedikt, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Freund).

Mamane David/Amberg Karin, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Mamane/Amberg).

Merkt Benoît/Metzger Philippe, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Merkt/Metzger).

Nüesch Sabina, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK-Nüesch).

Reinert Peter, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Baker & McKinzey (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Zürich 2007 (zit. SHK-Reinert).

Schürmann Leo, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Schürmann Leo/Schluep Walter (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz (KG + PüG), Zürich 1988 (zit. OFK-Schürmann).

Sturny Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Bern 2013.

Zirlick Beat/Tagmann Christoph, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Zirlick/Tagmann).