

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

**DISPOSITIONS RELATIVES À LA CONCURRENCE DANS LES ACCORDS
COMMERCIAUX – Contribution de la Suisse**

- Session II -

5 décembre 2019

Cette contribution est soumise par la Suisse au titre de la Session II du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 5 et 6 décembre 2019.

La documentation relative à cette discussion est disponible sur le lien : oe.cd/accom.

Veillez contacter Mme Lynn Robertson, si vous avez des questions sur ce document [Tél. : +331 45 24 18 77 courriel : lynn.robertson@oecd.org].

JT03455645

Les dispositions relatives à la concurrence dans les accords commerciaux

- Contribution de la Suisse -

1. Évolution de la réglementation internationale sur la concurrence

1. Les relations commerciales se sont considérablement libéralisées depuis près de 60 ans, grâce à la réglementation harmonisée du GATT puis de l'OMC. Cela a eu pour conséquence que les conditions de concurrence ont radicalement changé pour les opérateurs économiques tournés vers les activités économiques transfrontalières.
2. Faute de réglementation horizontale¹ sur la concurrence au niveau de l'OMC et à défaut d'harmonisation au niveau multilatéral (échec de la Charte de La Havane en 1947 et des négociations à l'OMC en 1995 et 2001) et en l'absence de contrainte juridique de l'Ensemble des principes de la CNUCED de 1980, des chapitres sur la concurrence se sont développés dans les ALE. Tout cela a conduit à des règles internationales sur la concurrence dans des accords de libre-échange (ALE) qui ont augmenté considérablement depuis les années 1990.

2. Dispositions sur la concurrence dans les ALE

3. La mondialisation du commerce n'a pas seulement un impact sur l'interaction entre le commerce et la concurrence mais crée aussi de nouveaux défis pour les autorités de la concurrence pour mettre en œuvre leurs lois respectives. Les dispositions sur la concurrence dans les ALE sont influencées par les règles sur le commerce et la volonté d'améliorer la coopération entre les autorités de la concurrence.
4. Trois motivations sont à l'origine des dispositions des ALE sur la concurrence :
 - Les pratiques anti-concurrentielles (position dominante, ententes, fusions, entreprises publiques ou entreprises au bénéfice de droits spéciaux ou exclusifs) peuvent annuler les effets accomplis par la libéralisation du commerce.
 - La plus grande intégration des entreprises dans les chaînes de production et de logistique internationales et la doctrine des effets économiques créent une demande de coopération en matière de concurrence.
 - Les ALE constituent la voie la plus naturelle pour traiter les questions de concurrence, en considérant les divergences persistantes entre les systèmes de concurrence dans le monde et en puisant dans les tentatives d'harmonisation multilatérale des règles de la concurrence (OCDE, OMC, CNUCED).

¹ Le droit de l'OMC régit pourtant certains aspects relatifs au droit de la concurrence comme le traitement national, les entreprises publiques, les monopoles et les subventions ou encore des aspects sectoriels concernant les marchés publics (AMP), les télécommunications (Reference Paper) et la protection de la propriété intellectuelle (TRIPS).

5. La littérature² a tenté de classer les dispositions des ALE sur la concurrence dans deux catégories d'accords : les accords de l'UE et d'autres pays européens, tels que les Etats de l'AELE, qui se focalisent sur les dispositions matérielles qui traitent les pratiques anti-concurrentielles, et les accords nord-américains qui se focalisent sur la coopération. Cependant, les accords récents tendent vers une convergence progressive des caractéristiques des deux catégories. Cette convergence repose sur trois types de règles :

- Dispositions matérielles horizontales: droits et obligations des parties, mesures et mécanismes pour traiter les pratiques anti-concurrentielles, entreprises publiques et monopoles, transparence, équité procédurale. Elles peuvent se référer aux lois nationales ou créer des concepts communs pour parvenir à un certain degré d'harmonisation.
- Dispositions matérielles sectorielles concernant les services (en particulier les télécommunications), les investissements, les marchés publics, la protection de la propriété intellectuelle.
- Dispositions sur la coopération internationale (notification, coordination, courtoisie active et passive, échange d'informations, consultations).

3. Dispositions sur la concurrence dans les ALE conclus par la Suisse

6. La Suisse dispose actuellement, outre la Convention de l'Association européenne de libre-échange (AELE, 1960) et l'accord de libre-échange avec l'Union européenne (UE, 1972), d'un réseau de 30 accords de libre-échange avec 40 partenaires. Les ALE sont normalement conclus dans le cadre de l'AELE qui regroupe la Suisse, la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein. La Suisse a également conclu des ALE en dehors de l'AELE, notamment avec le Japon (2009) et la Chine (2014).

7. Les dispositions sur la concurrence des ALE conclus récemment par la Suisse, tous avec ses partenaires de l'AELE³, présentent en général un chapitre sur la concurrence avec une même structure, constituée en principe de trois articles :

- Règles de concurrence : l'article décrit le champ d'application du chapitre. Les parties reconnaissent que les pratiques mentionnées (ententes et abus de position dominante) peuvent empêcher le bon fonctionnement de l'ALE. L'objectif de cette disposition est d'éviter que les pratiques anticoncurrentielles n'affectent les bénéfices de la libéralisation des échanges établie par l'ALE. Dans ce cadre général, l'ALE n'empêche pas les parties de modifier leur législation sur la concurrence.

Il est précisé que le chapitre est aussi applicable aux entreprises publiques et aux entreprises dotées de droits spéciaux ou exclusifs, sauf si les règles de concurrence de l'ALE les empêchent d'exercer les tâches publiques qui leur ont été assignées.

² Tschaeni/Engammare, *The Relationship between Trade and Competition in Free Trade Agreements: Developments since the 1990s and Challenges*, EYIEL, vo. 4 (2013); Solano/Sennekamp, *Competition Provisions in Regional Trade Agreements*, OECD Trade Policy Working Paper (2006).

³ Bosnie-Herzégovine (2013), Philippines (2016), Géorgie (2016), Equateur (2018), Indonésie (2018). L'ALE conclu en 2019 avec les pays du Mercosur n'est pas encore public.

Cet article précise également que les règles ne sont pas directement applicables aux entreprises concernées et que les obligations de l’ALE s’adressent aux gouvernements des parties.

- **Coopération** : cet article oblige les parties à coopérer et à se consulter pour mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles ou à leurs effets négatifs pour le commerce entre les parties. Cette forme de coopération revêt le caractère de la courtoisie passive (prendre en compte les intérêts de l’autre partie mais sans obligation). Elle inclut l’échange d’informations mais exclut l’échange d’informations confidentielles au sens de la législation nationale.
- **Consultations** : si, malgré les discussions engagées entre les parties, les pratiques anticoncurrentielles affectent de manière persistante le commerce, une des parties peut demander des consultations au sein du comité mixte institué par l’ALE. Si la partie incriminée ne met pas fin à la pratique en cause, l’autre partie peut prendre des mesures appropriées qui doivent perturber le moins possible le fonctionnement de l’accord.

8. Dans les ALE plus récents, la possibilité de prendre des contre-mesures n’est expressément plus prévue pour éviter de donner l’impression que des mesures de politique commerciale pourraient empiéter sur l’indépendance des autorités de la concurrence, le comité mixte n’ayant que la compétence de trouver une solution mutuellement acceptable. D’ailleurs, certains ALE excluent expressément l’application du mécanisme de règlement des différends de l’ALE au chapitre sur la concurrence.

9. Le fait que les ALE conclus récemment par l’AELE ne comportent en moyenne que trois articles, dont un seul est consacré aux pratiques anticoncurrentielles, montre que les régimes nationaux de concurrence des autres parties (notamment ceux des pays en transition ou en développement) sont encore éloignés de ceux de l’AELE pour pouvoir établir des standards effectifs ou une procédure efficace de coopération. C’est également le cas pour l’ALE conclu bilatéralement par la Suisse avec la Chine.

10. L’ALE bilatéral conclu en 2009 avec le Japon, dont les règles sur la concurrence sont très détaillées, constitue une exception. Cet ALE marque un tournant vers un développement de la coopération internationale de l’autorité suisse de la concurrence. C’est sur la base de cet ALE et sur les recommandations de l’OCDE en matière de coopération internationale (version 1995) que la Suisse a conclu un accord détaillé de coopération de seconde génération avec l’UE (2013).

4. Rôle de l’autorité suisse de la concurrence dans les négociations et la mise en œuvre des dispositions sur la concurrence des ALE conclus par la Suisse

11. La Commission de la concurrence (COMCO) est l’autorité fédérale suisse compétente pour la mise en œuvre du droit fédéral sur la concurrence, notamment de la loi fédérale sur les cartels (LCart)⁴. Elle est nommée par le gouvernement (Conseil fédéral) mais est indépendante des autorités administratives. Elle n’est rattachée qu’administrativement au ministère de l’économie (Département fédéral de l’économie, de la formation et de la recherche, DEFR).

⁴ Version française officielle et traduction officieuse en anglais : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19950278/index.html>

12. Les négociations des ALE relèvent de la compétence du Conseil fédéral qui, dans son mandat de négociation, désigne la délégation suisse, menée par le DEFR. La COMCO ne prend pas part directement aux négociations mais est consultée pendant le processus de négociation.

13. L'objectif principal des dispositions sur la concurrence dans les ALE est de traiter les problèmes causés à la réalisation de la libéralisation commerciale par les pratiques anticoncurrentielles des entreprises. Comme il est reconnu par les normes internationales que les autorités nationales de la concurrence doivent être indépendantes du pouvoir politique, la question est donc de savoir comment les pratiques anticoncurrentielles peuvent être traitées dans le cadre des ALE sans porter atteinte à l'indépendance des autorités de la concurrence.

14. Les ALE présument que les pratiques anticoncurrentielles seront poursuivies et éliminées par les autorités nationales de la concurrence, mais ils envisagent aussi l'éventualité que cela ne sera pas le cas et que ces pratiques continueront d'affecter le commerce. Cela peut être le cas si un comportement considéré comme anticoncurrentiel par une partie ne l'est pas par la loi de l'autre. Dans d'autres cas, les autorités de concurrence pourraient choisir de ne pas intervenir pour des raisons de ressources ou de priorités. Dans de tels cas, les autorités chargées de la surveillance des ALE, en Suisse le DEFR, peuvent mener des consultations avec le gouvernement de l'autre partie lorsque cette autre partie fait valoir qu'une pratique anticoncurrentielle ayant pour origine le territoire suisse est incompatible avec l'ALE.

15. La législation suisse (LCart) prévoit dans ce cas une procédure particulière et règle les rapports entre le DEFR (ministère de l'économie) et le Secrétariat de la COMCO⁵. Le DEFR peut charger le Secrétariat de procéder à une enquête préalable. Puis, sur proposition du Secrétariat, le DEFR décide de la suite à donner à l'affaire. Il peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable en vue de supprimer l'incompatibilité avec l'ALE. Si l'accord amiable ne peut être réalisé à temps et que la partie à l'ALE menace de prendre des mesures à l'encontre de la Suisse, le DEFR peut ordonner aux entreprises concernées les mesures nécessaires à la suppression de la pratique anticoncurrentielle. Ce processus montre que l'application des règles internationales de la concurrence, contenues dans les ALE, est un processus gouvernemental et se démarque de l'application des règles internes de la concurrence par la COMCO, autorité indépendante.

16. N'ayant pas la compétence de poursuivre directement les pratiques anticoncurrentielles, les autorités compétentes en matière de politique commerciale pourront, selon certains ALE, prendre des « mesures appropriées » qui doivent être proportionnées et perturbant le moins possible le fonctionnement de l'ALE. Le souci de préserver la compétence et l'indépendance des autorités de la concurrence se reflète également dans la volonté de ne pas soumettre le chapitre sur la concurrence au règlement des différends de l'ALE. Celui-ci ne doit pas interférer avec la compétence unique des autorités nationales de la concurrence de décider de manière contraignante si la pratique d'une entreprise est anticoncurrentielle et passible d'une sanction.

⁵ Art. 58 et 59 LCart.

5. Développements

17. Comme l'a montré l'échec des négociations de l'OMC, il est très difficile d'élaborer des règles multilatérales contraignantes en matière de concurrence. C'est également le cas dans les négociations inter-régionales des ALE. En revanche, le rapprochement des systèmes nationaux de concurrence progresse grâce aux mécanismes de coopération directe entre les autorités de la concurrence et aux recommandations ou autres normes non contraignantes, comme celles de l'OCDE et de l'ICN.

18. En outre, le renforcement de la coopération entre les autorités de la concurrence permet d'augmenter les chances d'éliminer les pratiques anticoncurrentielles. Cet aspect, qui était par le passé propre aux ALE nord-américains, prend davantage d'importance dans les ALE récents de l'UE et de l'AELE.

19. En matière de coopération, le standard international actuel est la recommandation de l'OCDE de 2014 qui encourage les pays à coopérer plus étroitement pour traiter les pratiques anti-concurrentielles par la voie notamment des notifications, des échanges d'informations et de la coordination des actions. La recommandation peut également servir comme modèle aux dispositions des ALE sur la coopération, comme l'illustre l'ALE entre la Suisse et le Japon.

20. Cependant, pour être le plus efficace possible, les règles de coopération et d'assistance mutuelle devraient reposer sur une certaine équivalence des législations nationales des parties, non seulement celles relatives à la concurrence mais aussi celles en particulier portant sur la protection des données et de la confidentialité. Enfin, l'obstacle le plus difficile à franchir pour établir une coopération efficace entre les parties consiste à garantir la confidentialité des informations pouvant être échangées. En général, l'échange d'informations confidentielles ne sera possible que si les lois nationales des parties ou les entreprises concernées l'autorisent.

6. Conclusion

21. Les accords de coopération en matière de concurrence, soit spécifiques, soit dans le cadre d'un ALE, sont aujourd'hui les instruments les plus adaptés pour une mise en œuvre efficace des législations nationales sur la concurrence. En vertu du principe des effets ancré dans la loi suisse⁶, il n'est pas rare que des pratiques anticoncurrentielles nées à l'étranger, même dans des pays éloignés, produisent des effets en Suisse et nécessitent une enquête de la part de la COMCO. Les dispositions sur la coopération dans les ALE garantissent une base juridique nécessaire pour s'échanger des informations non confidentielles et permettent ainsi aux autorités de la concurrence de prendre elles-mêmes directement des mesures de coopération qui seront bénéfiques pour l'application de leur propre législation sur la concurrence. C'est le cas de l'ALE conclu par la Suisse avec le Japon en 2009 ainsi que de l'accord spécifique de coopération conclu par la Suisse avec l'UE en 2013⁷.

22. À l'avenir, dans le monde numérique il faut s'attendre à ce que les pratiques anticoncurrentielles transfrontalières surviennent encore plus fréquemment. La coopération internationale pourrait gagner en importance. Les ALE offrent un instrument possible pour donner un cadre légal à cette forme de coopération.

⁶ Art. 2 LCart

⁷ <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20130606/index.html>.